



This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

- + *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
- + *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
- + *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
- + *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at <http://books.google.com/>



Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

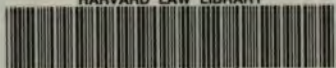
Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

- + *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.
- + *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.
- + *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.
- + *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter <http://books.google.com> durchsuchen.

HARVARD LAW LIBRARY



3 2044 097 736 086

Haymann

Freilassungspflicht u. Reueacht...

HARVARD
LAW
LIBRARY

Bd. May 1930



HARVARD LAW LIBRARY

Received JUN 29 1928

Germany

12071

118

PROPERTY OF
JULIUS K. LIBRARY

Freilassungspflicht und Reurecht.

Ein quellenkritischer Beitrag zur Kondiktionenlehre

VON

Dr. Franz Haymann,
Gerichtsassessor in Frankfurt a/M.



Berlin 1905.

Verlag von Franz Vahlen,
W. 8, Mohrenstraße 13/14.

Von demselben Verfasser ist im gleichen Verlage soeben erschienen:

Die Schenkung unter einer Auflage nach römischem und deutschem bürgerlichen Recht.

1905. Geheftet M. 4,20.

Von demselben Verfasser ist ferner erschienen:

Jean Jacques Rousseaus **Sozialphilosophie.**

(Leipzig 1898. Veit & Comp. 403 S. 10,— M.)

Auszüge aus der Kritik.

Daß eine von den zwei hervorragendsten Büchern, welche in der neueren Zeit über Themata aus der Geschichte der Rechtsphilosophie geschrieben worden sind, sich auszeichnend durch Gründlichkeit, Scharfsinn und methodische Stetigkeit . . . Das Buch von Haymann zieht weniger die philosophischen Vorgänger Rousseaus als dessen eigene sonstige Schriften neben dem *contrat social* zur Klarstellung seiner Lehre heran. Mit Recht betont es im Eingang, daß der *contrat social* nicht die Entstehungsgeschichte des Rechts und des Staats formulieren will, und führt in die Problemstellung dahin ein, daß es sich um den Begriff des Rechts im strengen Sinne des Staats handle und zwar um inhaltlich gültiges, richtiges Recht . . . Dabei ergibt sich der Zentralbegriff der Rousseauschen Sozialphilosophie: die *volonté générale*. Seine gründliche und tief eindringende Erörterung dürfte den Glanzpunkt des hier besprochenen Buches bilden . . .

Geheimrat Prof. Dr. Stammler im Archiv f. system. Philosophie. 1902. S. 484 ff.

Ein vortreffliches Buch. Die Rousseau-Literatur, soweit sie Rousseau als Sozialphilosoph würdigt, ist quantitativ und qualitativ äußerst dürftig bis in die neueste Zeit gewesen. Erst seit dem Erscheinen der ersten Auflage dieses Handwörterbuchs hat dieselbe eine höchst wertvolle Bereicherung erhalten . . . Das Werk zeichnet sich durch gründliche Beherrschung des Stoffs und scharfe Auslegung der Rousseauschen sozialwissenschaftlichen Schriften aus . . . es hat das Verdienst, durch eindringliche Exegese manches Vorurteil über die Bedeutung der Rousseauschen Lehren wohl endgültig zerstört zu haben.

Prof. Dr. Karl Diehl im Handwörterbuch der Staatswissenschaften, 2 Aufl. Artikel Rousseau.

À la fois précise et systématique, cette étude est une des plus approfondies qui aient été consacrées à la philosophie sociale de Rousseau. Si cette philosophie a donné lieu à tant de contresens et est, encore aujourd'hui plus critiquée que comprise, c'est qu'on en détache ordinairement des „thèses“ plutôt qu'on n'essaie d'en reconstituer le „système“. M. H. tentant cette reconstitution montre que le problème que se pose Rousseau est celui-ci: „Comment puisque la recherche de l'intérêt individuel est légitime, peuvent se légitimer les obligations sociales?“ . . . Une critique des idées politiques de Rousseau, inspirée de la philosophie sociale de Stammler, termine ce remarquable ouvrage.

Année sociologique. 1898.

Fortsetzung auf S. 3 des Umschlages.

x Freilassungspflicht und Reurecht c

Ein quellenkritischer Beitrag zur Kondiktionenlehre

von

Dr. Franz Haymann,

Gerichtsassessor in Frankfurt a/M.



Berlin, 1905.

Verlag von Franz Vahlen.

W. 8, Mohrenstraße 13/14.

Re. 1111
05.05

JUN 29 1928
6/29/28

Weimar. — Hof-Buchdruckerei.

Herrn
Oberlandesgerichtsrat Dr. L. Leppel
in Kiel

in Dankbarkeit und Verehrung

zugeeignet.

§ 1.

Aufenthaltsbeschränkung, Prostitutionsverbot und Freilassungsmaßgabe bei Sklavenveräußerungen.

Die rechtliche Ausgestaltung dreier Maßgaben, welche der Veräußerer eines Sklaven dem Erwerber auferlegt, soll im folgenden einer näheren Betrachtung unterzogen werden:

Die Abrede, den Sklaven außerhalb eines bestimmten Gebiets zu halten, die Sklavin nicht zu prostituieren, den Sklaven freizulassen.¹⁾ Die klassischen Juristen behandeln die aus diesen Abreden fließenden Rechtswirkungen gern im Zusammenhang im Bewußtsein ihrer inneren Verwandtschaft.²⁾ Die Kompilatoren haben diesen Zusammenhang noch dadurch besonders hervorgehoben, daß sie im Digestentitel 18, 7 die erste und dritte Abrede als Überschrift genommen, in dem Titel selbst aber alle drei Abreden behandelt, dann wieder in dem Titel 40, 8 eine der zweiten und dritten Abrede eigentümliche Rechtswirkung zusammengewonnen haben, während im Kodex einer jeden dieser drei Abreden nacheinander ein besonderer Titel (4, 55—57) gewidmet ist.

Was zunächst das im Kodex zuerst behandelte *pactum de servis exportandis*³⁾ angeht, so sollte es offenbar den persönlichen Interessen des Veräußerers dienen, häufig seiner persönlichen Sicherheit.⁴⁾ Er wollte sich gegen einen Sklaven sichern, der ihm vielleicht nach dem Leben trachtete oder der ihm sonst verhaßt war. Darum verpflichtete er den Erwerber, den Sklaven

¹⁾ Vgl. über diese Abreden Jhering in seinen Jahrbüchern 10, S. 546 bis 549; Bechmann, Kauf I § 33 S. 281 f.; II § 226 S. 388 f.; Leist in Glücks Pandektenkommentar Serie der Bücher 37 und 38, 4. Teil Nr. 75 f.; Pernice, Labeo III S. 128; Kohler in seinem Archiv Bd. 12 S. 41 f.

²⁾ Vgl. z. B. I. 6, 9 D. 18, 7. ³⁾ Titulus codicis IV, 55.

⁴⁾ I. 1 D. 18, 7; Vaticana 6.

außerhalb seines Wohnsitzes, außerhalb Roms oder Italiens¹⁾ zu halten, und bedang sich auch wohl das Recht der Handanlegung (*manus iniectio*) aus, falls der Erwerber seiner Verpflichtung nicht nachkam.²⁾ Dieses Recht der *manus iniectio* hatte dingliche Wirkung: Kam der Sklave mit Willen des Erwerbers in das verbotene Gebiet, so konnte ihn der Veräußerer als sein eigen wieder in Anspruch nehmen, ihn freilassen oder sonst über ihn verfügen.³⁾ Der Erwerber hatte zwar das Recht, einen solchen Sklaven freizulassen, kam aber der Libert hierauf in das Gebiet, das ihm nach dem Vertrag verschlossen war, so wurde er in immerwährende Sklaverei verkauft.³⁾ Hatte der Veräußerer sich nicht *manus iniectio*, sondern eine Konventionalstrafe ausbedungen, so konnte er, falls der Erwerber dem Gebot zuwiderhandelte, die Strafe fordern, der Sklave aber fiel dem Fiskus anheim.⁴⁾ Ein weiterer eigentümlicher Rechtsschutz lag darin, daß die ausbedungene *manus iniectio* auch gegen jeden dritten Erwerber wirkte, der vielleicht den Sklaven in dem verbotenen Gebiet sich aufhalten ließ, ganz gleich, ob der erste Erwerber bei der Weiterveräußerung die *lex* wiederholt hatte oder nicht. Es war also in der Tat eine dingliche Last, die auf dem Sklaven ruhte.

So ist es begreiflich, daß den klassischen Juristen der Zweifel kommen konnte, ob eine Verpflichtung des Erwerbers, deren Durchführung das Recht mit solchen zwingenden Kautelen schützte, nach freiem Belieben der Parteien wieder könne aufgehoben werden. Papinian bejahte die Frage mit der Begründung, daß die *lex* der persönlichen Sicherheit des Veräußerers zu dienen bestimmt sei, es daher auch in seiner Macht stehen müsse, dem Erwerber die Pflicht zu erlassen.⁵⁾ Ulpian hat sich der Entscheidung und ihrer Begründung angeschlossen.⁶⁾

Unter einen noch viel energischeren Rechtsschutz hat das römische Recht die Bestimmung gestellt, daß die veräußerte Sklavin nicht geschändet werden dürfe.⁷⁾ Natürlich konnte der Veräußerer ebenso wie im vorangegangenen Fall mit der Vertragsklage das Gebot geltend machen, insbesondere eine etwaige

¹⁾ l. 2, 5, 7, 9, D. 18, 7; c. 5 C. h. t. ²⁾ l. 9 D. 18, 7; c. 1, 2, C. h. t.

³⁾ Fragm. Vat. 6; l. 9 D. 18, 7. ⁴⁾ c. 2 C. h. t.

⁵⁾ Vaticana 6 in fine. ⁶⁾ l. 1 D. 18, 7.

⁷⁾ Titulus codicis 4, 56: *Si mancipium ita venierit ne prostituatur.*

Konventionalstrafe fordern, hatte ja der Erwerber, indem er gegen das Gebot verstieß, wie Papinian hervorhebt, nicht nur die Sklavin geschändet, sondern auch die *affectio*, vielleicht die *verecundia* des Veräußerers mißachtet.¹⁾ Auch hier konnte der Veräußerer weiter für den Fall des Zuwiderhandelns ein *ius abducendi*²⁾, ja sogar die Freiheit der Sklavin³⁾ mit dinglicher Wirkung ausbedingen. Ebenso galt hier, wie in dem früheren Fall bei einer Weiterveräußerung der Sklavin der Grundsatz: *Res transit cum onere suo*. Die Sklavin wurde auch beim dritten Erwerber frei, der vielleicht von dem Gebot gar nichts erfahren hatte⁴⁾; und ebenso wirkte das *ius abducendi* des ersten Veräußerers auch gegen ihn.⁵⁾ Nur eine Rücksicht galt den Römern noch höher als der Schutz dieses *ius abducendi* des Veräußerers: der *favor libertatis*. Hatte der erste Erwerber sich von seinem Nachfolger ausbedungen, daß die Sklavin frei werden solle, wenn sie dem Verbot zuwider geschändet werde, so entschied Paulus, daß hier das *ius abducendi* des ersten Veräußerers zugunsten der Freiheitsklausel erlöschen solle. Auf diese Weise hatte also der erste Erwerber es in der Hand, seinen Auktor um sein Vertragsrecht zu bringen. Bezeichnend ist die Begründung, welche der Jurist gibt: *Quoniam utraque condicio pro mancipio additur et sicut manus iniectio ita libertas eximit eam iniuriam*.⁶⁾

Schon diese Begründung läßt ahnen, daß die klassischen Juristen die Frage, ob der Veräußerer auch hier seinem Vertragsgegner die Beobachtung der *lex* erlassen könne, anders beantwortet haben werden, als im ersten Fall. Es handelt sich hier nicht, wie dort um eine reine *condicio pro venditore*, sondern um eine Auflage *pro mancipio*. Darum bestimmt das römische Recht, daß das Gebot, welches der Veräußerer vertraglich dem Erwerber auferlegt hat, auch gegen den Gläubiger selbst wirke. Kam die Sklavin in die Gewalt des Veräußerers zurück und beging dieser selbst die Prostituierung, so wurde die Sklavin von selbst frei.⁷⁾ Hieraus folgerten die klassischen Juristen

¹⁾ l. 6 pr. D. 18, 7. ²⁾ l. 5 D. 18, 7; l. 7 D. 40, 8; c. 1 C. h. t.

³⁾ l. 10 § 1 D. 2, 4; l. 5 D. 18, 7; c. 2 C. h. t.; l. 34 pr. D. 21, 2.

⁴⁾ l. 9 D. 18, 7. ⁵⁾ l. 56 D. 18, 1. ⁶⁾ l. 9 D. i. f. 18, 7.

⁷⁾ l. 10 § 1 D. 2, 4; l. 7 D. 18, 7. Über das Patronatsverhältnis in diesem Fall siehe S. 5 Note 2.

weiter, ebenso schlimm, wie selbst die *lex rei suae dicta* zu übertreten, sei es, gegen Entgelt auf sein Vertragsrecht zu verzichten. Die Sklavin wurde daher auch frei, wenn sich der Veräußerer von seinem Schuldner abfinden ließ¹⁾ oder sonst die Durchführung seines Forderungsrechts unterließ.²⁾ Ein *legem remittere* war also hier nicht gestattet, wo die *condicio pro mancipio* war. Wegen des hier obwaltenden öffentlichen Interesses schützte das klassische römische Recht die Durchführung der Vertragsbestimmung auch gegen den Willen des Gläubigers, beraubte es den Gläubiger der Macht, durch Erlaß über sein vertragsmäßig erworbenes Forderungsrecht zu verfügen.³⁾

Am allerhäufigsten bei Sklavenveräußerungen fand sich die dritte der oben erwähnten Abreden: Das *pactum ut servus manumittatur*.⁴⁾ ⁵⁾ Natürlich konnte auch hier der Veräußerer mit der Vertragsklage⁶⁾ die *lex* geltend machen und eine etwa ausbedungene Konventionalstrafe⁷⁾ fordern, auch die *manus in-iectio* konnte ausbedungen werden.⁸⁾

Aber da es sich hier um eine Vertragsabrede handelte, bei welcher der *favor libertatis* eminent beteiligt erschien, so bestimmten Mark Aurel und Commodus in einem Erlaß an den Aufidius Victorinus einen neuen eigentümlichen Rechtsschutz für den Fall, daß bei einem Sklavenverkauf der Käufer verpflichtet worden war, den Sklaven nach bestimmter Zeit freizu-

¹⁾ l. 7 D. 40, 8. ²⁾ c. 1 C. h. t.

³⁾ Man vergleiche damit den § 525 Absatz 2 unseres bürgerlichen Gesetzbuchs und meine Schenkung unter einer Auflage § 14.

⁴⁾ Titulus codicis 4, 57: *Si mancipium ita fuerit alienatum, ut manumittatur vel contra.*

⁵⁾ Bekannt ist, daß auch die gegenteilige Abrede, das Verbot der Freilassung besonders starken Rechtsschutz genoß: Testamentum Dasumii 81. Papinian war ihm nicht günstig gesinnt: l. 6 pr. l. 7 D. 18, 7. Vgl. anderseits z. B. l. 4 § 9 D. 40, 1; l. 9 D. eod.; l. 9 § 2 D. 40, 9; l. 12 § 16 D. 49, 15; c. 5 C. 4, 57. Aber auch hier bricht sich die private Willkür an den Bestimmungen des Gesetzes, das im öffentlichen Interesse die Freiheit gewährt. Vgl. Ulpian in fr. 3 § 15 D. 29, 5: *Poterunt propter hoc quod in commune utile est, ad libertatem pervenire.*

⁶⁾ *actio venditi* bei *pactum adiectum*, vgl. l. 10 D. 18, 7; l. 20 § 2 D. 40, 1. Pauli sententiae IV, 12, 2; Stipulationsklage: l. 122 § 2 D. 45, 1.

⁷⁾ l. 122 § 2 D. 45, 1; l. 20 § 2 D. 40, 1; c. 6 C. eodem.

⁸⁾ l. 20 § 2 D. 40, 1.

lassen, und nunmehr seiner Vertragspflicht nicht nachkam. Es sollte fingiert werden, daß der Erwerber den Sklaven manumittiert habe, und so der Sklave in dem vertragsmäßig bestimmten Zeitpunkt *ipso iure* die Freiheit erhalten¹⁾, gemäß der Fiktion aber Libert des Käufers²⁾ werden. Papinian hat im Fall der Schenkung des Sklaven unter der Auflage der Manumission die *constitutio* für analog anwendbar erklärt.³⁾

Ein energischerer Rechtsschutz, als der durch die *constitutio divi Marci* geschaffene, war schlechterdings gar nicht denkbar. Die Folge davon war, daß der Veräußerer eine für den Fall des Zuwiderhandelns gegen die *lex manumissionis* ausbedungene Konventionalstrafe nicht mehr fordern, auch die *manus iniectio* nicht ausüben konnte, da beides nur Sicherungsmittel für die Durchführung der Auflage waren, hier aber das objektive Recht selbst die Durchführung der Auflage in unentrinnbarer Art gesichert hatte: *Cum emolumentum legis voluntatem venditoris secutum sit*, wie Papinian⁴⁾ sich ausdrückt.

§ 2.

Das Reurecht des Auflageberechtigten nach der *constitutio divi Marci ad Aufidium Victorinum*.

Es ist begreiflich, daß unter der Herrschaft des in der *constitutio divi Marci* zum Abschluß gelangten Rechts, welches

¹⁾ l. 10 i. f. D. 18, 7; l. 1, 3 D. eod.; l. 38 § 1 D. 40, 12; c. 2, 3 C. 4, 57.

²⁾ l. 3 § 3 D. 38, 16 (*ut in eadem constitutione expressum est*: Ulpian); l. 3 § 3 D. 38, 2; l. 3 § 2 D. 26, 4; l. 10 pr. D. 2, 4; l. 8 § 1 D. 37, 14; l. 45 pr. D. 23, 2. Vgl. aber auch l. 13 pr. D. 38, 1; l. 30 pr. D. 40, 9. Hingegen wurde die Sklavin, die infolge Verstoßes gegen das Prostitutionsverbot *ipso iure* frei wurde, die Freigelassene des Veräußerers: l. 10 § 1 D. 2, 4. Wenn Pomponius in der l. 34 pr. D. 21, 2 von dem Erwerber sagt, *tu videris quasi manumisisse*, so ist das nur eine Denkfigur: Der Käufer hat es sich selbst zuzuschreiben, wenn er die Sklavin verliert, und kann darum keinen Regreß gegen den Veräußerer nehmen. Hat der Veräußerer selbst gegen sein Verbot verstoßen, so kommen ihm die Ehrenrechte des Patrons nicht zu: l. 10 § 1 i. f. D. 2, 4. Justinian erklärt sogar: *Ab omni iure patronatus repellatur*: c. unica § 4 C. 7, 6.

³⁾ l. 20 pr. D. 40, 1; l. 7 § 8 D. 24, 1 (*argumentum e contrario*); l. 8 D. 40, 8 (Papinian); l. 20 § 1 D. 40, 2 (Ulpian); l. 22 D. 1, 5 (Modestin); c. 1 C. h. t. (Alexander Severus).

⁴⁾ l. 20 § 2 D. 40, 1; c. 6 C. 4, 57. Anders noch Scaevola in l. 122 § 2 D. 45, 1.

die Durchführung der *lex* dem Gläubiger gleichsam aus den Händen nahm und ins Bereich seiner eigenen Obliegenheiten zog, den klassischen Juristen noch stärker, als bei den anderen oben erörterten Abreden der Zweifel kommen mußte, ob der Gläubiger überhaupt die Macht haben konnte, auf die Durchführung der *lex manumissionis* in gültiger Art zu verzichten, ob sein privater Wille die Kraft der *constitutio* solle vernichten können.

Wenn wir uns die Stellungnahme der Klassiker zu dieser Frage bezüglich der beiden anderen *leges* vergegenwärtigen, so werden wir gewiß erwarten, daß sie dem Veräußerer die Macht, das *pactum manumissionis* außer Kraft zu setzen, versagt haben werden. Handelt es sich doch hier um eine *condicio pro mancipio κατ' ἐξοχήν*, nicht um eine Maßgabe, die nur zum Schutz persönlicher Interessen des Veräußerers bestimmt war.¹⁾

Ganz im Gegenteil sprechen sich aber eine Reihe von Quellenstellen dahin aus, daß der Veräußerer es jeder Zeit in der Hand habe, die Auflage zurückzunehmen, daß die einfache Reue des Veräußerers genüge, um die *constitutio divi Marci* außer Kraft zu setzen, oder auch positiv genommen, daß die *constitutio* nur in Wirksamkeit trete, wenn der Veräußerer bis zum Freilassungstermin bei seinem Willen verblieben sei.²⁾

Im scharfen Gegensatz hierzu entscheidet freilich Paulus in l. 1 D. 40, 8, der Sklave werde auch frei, wenn der Veräußerer seinen Willen geändert habe.

Paulus *libro quarto ad Plautium*.

Si servus venditus est ut intra certum tempus manumitteretur, etiamsi sine herede decessissent et venditor et emtor, servo libertas competit: et hoc divus Marcus rescripsit. Sed et si mutaverit venditor voluntatem, nihilo minus libertas competit.

Die harmonisierende Pandektentheorie hat sich alle Mühe gegeben, diesen Widerspruch — sogar innerhalb der Aussprüche desselben Juristen — zu beseitigen. So wollte die Glosse den Schluß der Stelle von einer Willensänderung des Verkäufers nach Eintritt des Freilassungstermines verstanden wissen. Aber

¹⁾ l. 9 i. f.; l. 1 D. 18, 7. Vaticana 6 i. f. Vgl. oben S. 2.

²⁾ l. 8 D. 40, 8 (Papinian); l. 3 D. 18, 7 (Paulus); l. 5 § 1 D. 12, 4 (Ulpian); l. 3 D. 40, 8 (Callistratus); c. 1 C. 4. 57 (Alexander); c. 6 C. 4, 57 (Diocletian).

es ist doch klar, daß es, da die Freiheit mit dem Termin von selbst eintritt, dann nicht hätte heißen können *libertas competit*, sondern etwa *libertas data non extinguitur*. Noch unmöglicher ist die Auslegung anderer Glossatoren, welche die Stelle dahin verstehen, es dürfe der Käufer zwar nach der Reue des Verkäufers nicht mehr freilassen, tue er es aber trotzdem, so sei die Freilassung gültig. Das alles soll Paulus mit den Worten *libertas competit* ausgedrückt haben! Die Aufgabe eines Rechts auf Freilassung ist doch noch nicht gleich einem Verbot der Freilassung, zu dem der Verkäufer nachträglich doch gar kein Recht mehr hat. Auch entscheidet Papinian in l. 8 D. 18, 7, daß der Verkäufer gegen den Käufer, der trotz der Reue die Freilassung vornehme, keinen Vertragsanspruch habe.

Nicht viel glücklicher ist der Vereinigungsversuch des Cujaz.¹⁾ Er nimmt an, daß Paulus in dem Schlußsatz den vorangegangenen Tatbestand auch hinsichtlich des erblosen Ablebens beider Vertragsteile voraussetze und nur für diesen Fall die Reue des Veräußerers für wirkungslos habe erklären wollen²⁾, weil hier keinem der beiden Teile daran gelegen sein könne, daß die Willensänderung des *venditor* die Geltungskraft der *constitutio* ausschließe. Auch diese Auslegung ist m. E. schon aus sprachlichen Gründen ausgeschlossen. Gewiß setzt der Schlußsatz den allgemeinen Tatbestand des ersten Satzes voraus, wie er in dem Satz mit *si* angegeben ist. Daß er aber auch den Inhalt des Konzessivsatzes mit *etiamsi* voraussetze, dafür fehlt jeder Anhalt. An Stelle der in jenem Satz mit *etiamsi* angefügten Komplikation tritt hier eine ganz andere Eventualität, nämlich der Fall, daß die beiden Vertragsteile zwar nicht ohne Erben versterben, wohl aber der Veräußerer gar nicht mehr auf Beobachtung der *lex* besteht. Darum ein noch obendrein mit *sed* angefügter ganz neuer Satz, anstatt eines einfachen weiteren konzessiven Nebensatzes, wie es zur Bezeichnung des Cujazschen Gedankens am Platz gewesen wäre. Aber auch sachliche Gründe sprechen entscheidend gegen die Auslegung. Cujaz sagt, im Fall beide Teile ohne

¹⁾ opp. X p. 481, V p. 666.

²⁾ So auch schon das Basilikenscholion. Basil. XXXXVIII, 6: τοῦτο δὲ ἐπὶ μόνου τοῦ τελευταίου ἀκληρονομήτου νόμον.

Erben versterben (natürlich vor dem Freilassungstermin), habe Paulus ausnahmsweise die Reue des Verkäufers für gleichgültig erachtet, „*quia nihil cuiusque interest*“. Aber es sollte doch gerade vom Cujazschen Standpunkt einleuchten, daß das mangelnde Interesse an dem Nicht-Freiwerden des Sklaven keine genügende Begründung für das Wirksamwerden der *constitutio* sein kann. Hat der Veräußerer, der Gläubiger aus dem *pactum manumissionis*, grundsätzlich das Reurecht und wird hierdurch die *constitutio* grundsätzlich ausgeschlossen, so besteht die Aufgabe der *constitutio* eben nur darin, dem auf Freilassung gerichteten Willen des Veräußerers, so lange er besteht, zur Durchführung zu verhelfen, die *constitutio* ist nichts weiter, als ein Handlanger des Willens des Gläubigers. Will dieser von seinem Forderungsrecht keinen Gebrauch machen, „bereut“ er die *lex*, so hat auch die *constitutio* keine Aufgabe mehr. Von diesem Standpunkt aus ist es schon nicht verständlich, wie trotzdem Paulus der *constitutio* noch Geltungskraft zuschreibt, falls Gläubiger und Schuldner ohne Erben versterben, also regelmäßig, falls nämlich der Fiskus sowohl Rechtsnachfolger des Käufers wie des Verkäufers wird, ein Recht auf Freilassung und eine Pflicht zur Freilassung gar nicht mehr bestehen. Ganz unbegreiflich aber ist von diesem Standpunkt, daß selbst dann, falls der Gläubiger seinen Willen bei Lebzeiten ändert, dann aber, ebenso wie der Schuldner, ohne Erben stirbt, die *constitutio* in Kraft treten soll, weil keiner der beiden Teile an ihrem Nicht-Inkrafttreten ein Interesse habe. Diese Begründung hätte nur Sinn, wenn die *constitutio* nicht nur zur Durchführung des Willens des Forderungsberechtigten bestimmt gewesen wäre, sondern eine grundsätzlich selbständige von dem Reurecht des Gläubigers unabhängige Bedeutung gehabt hätte, kurzum eben nicht nur die privaten Interessen des Forderungsberechtigten zu sichern bestimmt gewesen wäre.

So ist denn m. E. der Grundgedanke des Paulus in der *lex 1 citata* gerade die strikteste Verneinung des sogenannten Reurechts des Veräußerers. Die *constitutio* ist dazu bestimmt, die festgesetzte Freilassung des Sklaven in sicherer Art durchzuführen, die Freilassung als solche, nicht nur, solange sie den Inhalt eines Forderungsrechts des Veräußerers darstellt oder

solange dem Veräußerer an der Geltendmachung dieses Rechts etwas gelegen ist. Darum tritt die *constitutio* auch in Wirksamkeit, wenn durch den erblosen Tod beider Vertragsteile ein solches zu sicherndes Forderungsrecht ganz in Wegfall kommt¹⁾, und da ist es auch erklärlich, daß selbst der rechtsgeschäftliche Verzicht des Gläubigers auf sein Recht die Wirksamkeit der *constitutio* nicht beeinträchtigt.²⁾ Die *constitutio* überdauert die privatrechtliche Verbindlichkeit zwischen den Parteien, sie schützt den Inhalt des Vertrags auch ohne, ja gegen den Willen der Parteien, weil sie ein höheres Interesse zu wahren bestimmt ist.

Man wird nicht bestreiten können, daß von dieser Auffassung aus der Ausspruch des Paulus in der *lex 1 citata* sachlich und sprachlich in allen seinen Teilen einen klaren und in sich einheitlichen Gedanken wiedergibt; hingegen kann dies von dem besonders in der jüngsten Zeit verfochtenen Vereinigungsversuch dieser Stelle mit den anderen Aussprüchen der Quellen nicht zugegeben werden. Mommsen³⁾ hat vorgeschlagen, im Schlußsatz anstatt *venditor emtor* zu lesen, und Kohler⁴⁾ hat neuerdings diese Lesart für zweifellos richtig erklärt. Da aber die Lesart *venditor* durch die Basiliken gesichert ist, so kann sich der Vorschlag auf nichts anderes stützen, als auf das Bestreben, um allen Preis die Harmonie zwischen der *lex 1 citata* und den widersprechenden das Reurecht des Veräußerers anerkennenden Stellen herzustellen. Ob diese Methode nicht an sich anfechtbar ist, mag hier dahingestellt bleiben, daß aber bei jenem Harmonisierungsversuch die innere Harmonie der *lex 1 citata* zerstört wird, sei hervorgehoben. Schon Pernice⁵⁾ hat bemerkt, daß die vorgeschlagene Schreibart „eine arge Selbstverständlichkeit“ bedeuten würde. Aber sie bedeutet Schlimmeres. Zunächst ist der Ausdruck *mutare voluntatem* vom Schuldner gesagt im

¹⁾ Durch *confusio*, falls nicht gerade eine *bonorum venditio* eintritt. Vgl. denselben Paulus in l. 71 pr. D. 46, 1.

²⁾ Die Trivialität wird man dem Paulus nicht zutrauen, der Schlußsatz bedeute nur, die bloße Reue als interne psychologische Tatsache habe keine Rechtswirkung.

³⁾ *Ad hanc legem*.

⁴⁾ Archiv für bürgerl. Recht 12 S. 43 Note 48.

⁵⁾ Labeo III S. 134 Note 1.

höchsten Grad auffällig. Die *lex manumissionis* betrifft doch in der Sache ein Interesse des Veräußerers, ohne dessen Sicherung er die Veräußerung nicht vornimmt. Von seinem Standpunkt hat es daher Sinn von *mutare voluntatem*¹⁾ zu reden, wie denn auch sonst der Ausdruck von dem Gläubiger gebraucht wird. Der Schuldner hingegen, zumal wenn es ein Käufer ist, begehrt im Grunde diese Freilassung gar nicht, er bezahlt sogar einen geringeren Kaufpreis im Hinblick auf diese ihn beschwerende Vertragsklausel²⁾, er verpflichtet sich nur zu ihr, weil er sonst den Sklaven nicht bekommt, ihm wäre es aber von vornherein viel lieber gewesen, wenn er den Sklaven behalten dürfte. Es ist daher höchst ungeschickt, zu sagen, der Käufer ändere seinen Willen, wenn er später die Freilassung unterläßt. Und dann, traut man wirklich einem Paulus zu, er habe besonders ausgesprochen, die überhaupt nur für den Fall, daß der Käufer die geschuldete Freilassung unterläßt, eingeführte *constitutio* solle auch gelten, wenn der Käufer seinen Willen geändert habe? Welchen Willen denn? Den Verpflichtungswillen hält das objektive Vertragsrecht fest: An ein solches Reurecht hat gewiß noch niemand gedacht. Oder den Willen, die Verpflichtung auch wirklich zu erfüllen? Aber der mag bei einem Schuldner, der sich später vertragsbrüchig erweist, wohl in vielen Fällen von vornherein gefehlt haben. Prozeß und Vollstreckung hat ja überhaupt nur die Aufgabe, die Erfüllung der Rechtspflicht auch gegen den Willen des Schuldners durchzusetzen. Ganz unmöglich aber wird die Mommsensche Lesart, wenn wir den letzten Satz mit dem ersten Teil der Stelle zusammenhalten. Im ersten Teil sagt uns Paulus, daß die *constitutio* in Kraft bleibt, auch wenn Gläubiger und Schuldner ohne Erben versterben, also die *obligatio*, falls nicht gerade eine *bonorum venditio* stattfindet, zusammenfällt. Und im zweiten Teil soll er fortfahren haben: Aber auch dann bleibt die *constitutio* in Kraft, wenn der Schuldner die Freilassungspflicht nicht mehr erfüllen will: — dieser Vereinigungsversuch ist zu teuer bezahlt!

Man wird also dabei stehen bleiben müssen, daß eine Vereinigung zwischen der l. 1 citata und den das Reurecht des

¹⁾ Vgl. l. 8 D. 18, 7; l. 3 D. eod.; l. 3 D. 40, 8; c. 1, c. 6. C. 4, 57.

²⁾ l. 10 D. 18, 7.

Veräußerers anerkennenden Stellen nicht möglich ist. Denn auch die Anregung von Pernice¹⁾, es könne sich hier um den Gegensatz zwischen *pactum fiduciae* und *pactum adiectum* handeln, findet in den einschlägigen Stellen keinen Anhalt.²⁾ Gegen den Perniceschen Erklärungsversuch spricht auch, daß er nur möglich wäre, wenn schon ursprünglich die *constitutio* sich auf *manipationes fiduciae causa* bezogen hätte, da nach l. 3 D. 40, 8 die *constitutio* selbst das Reurecht — freilich schlechthin für den *venditor* — festsetzt. Nun dürfte aber gerade diese Annahme, daß das Treuhändergeschäft zum ursprünglichen Geltungsbereich der *constitutio* gehört habe, wie später zu erörtern sein wird³⁾, schwerlich haltbar sein. Trotzdem ist es vielleicht nicht nötig, „den Widerspruch hinzunehmen“.⁴⁾ Bevor wir der bisher noch nicht aufgeworfenen Frage einer Interpolation näher treten, wollen wir zunächst kurz betrachten, ob vom Standpunkt des klassischen Rechts eine Vermutung für oder gegen dieses Reurecht spricht.

Nach Gradenwitz⁵⁾ „hat die *constitutio* ein *ius singulare* eingeführt, das sehr bedenklicher Natur wäre, ja, eine ganz unerträgliche Belästigung des Verkehrs enthalten würde, wenn es nicht durch ein Reurecht, das dem Verkäufer zusteht, gemildert worden wäre. Darum ist es Gradenwitz auch unzweifelhaft, daß das Reurecht gleich durch Marc Aurel festgesetzt worden ist.

Dieser Anschauung kann nicht beigestimmt werden. M. E. mußte gerade ein Reurecht des Veräußerers, so wie wir es in den genannten Quellenstellen finden, im Verkehr weit größere Schwierigkeiten und Mißhelligkeiten mit sich bringen, als die strikte Durchführung der *constitutio* dies vermocht hätte. Wenn wirklich eine jede Willensänderung des Veräußerers, jede Reue imstande war, die *constitutio* außer Kraft zu setzen, so mußte hinsichtlich der Freiheit des *sub lege manumissionis* veräußerten Sklaven in vielen Fällen die größte Ungewißheit und Unsicherheit im Verkehr entstehen. Wie konnte man am Freilassungstermin mit Sicherheit wissen, ob nicht der Veräußerer inzwischen

• ¹⁾ Labeo III S. 134 Note 1.

²⁾ Vgl. l. 1 D. 40, 8 einerseits und l. 3 D. 18, 7 ebenfalls von Paulus, l. 3 D. 40, 8; c. 6 C. 4, 57 andererseits.

³⁾ Vgl. unten S. 36 f. ⁴⁾ Pernice a. a. O.

⁵⁾ Interpolationen in den Pandekten S. 163.

anderer Meinung geworden war? Es bedurfte ja nach jenen Stellen nicht einmal einer Anzeige seiner Willensänderung an den Erwerber zum Ausschluß der Wirksamkeit der *constitutio*. In vielen Fällen würde der Veräußerer diese Anzeige wohl gar nicht bewirken können. Der Sklave konnte ja von dem ersten Erwerber weiter veräußert sein, und der Veräußerer kannte den zweiten Erwerber gar nicht. So erst recht, wenn *per plures emtores mancipium cucurrerit*.¹⁾ Die *lex manumissionis* wirkte ja auch gegen jeden späteren Erwerber des Sklaven, wie die *lex, ne ancilla prostituatur* und das *pactum de exportandis servis*: Es war eine „*condicio*“²⁾, die an dem Sklaven haftete, den darum auch Papinian³⁾ mit einem *statuliber* vergleicht. Hätte man die „Reue“ nur im Fall der Bekanntmachung an den Eigentümer wirken lassen, so wäre damit die Ausübung des Rechts erschwert worden. So reden denn auch die Stellen nirgends hier von einem *certiorare super hoc*, wie es nach l. 5 § 1 D. 12, 4 zur „*actio propter poenitentiam*“, nicht aber zum Unwirksamwerden der *constitutio* erforderlich ist. Die bloße Willensänderung als solche soll das Freiwerden des Sklaven verhindern.⁴⁾ Ein innerer Vorgang in der Seele des ersten Veräußerers sollte darüber entscheiden, ob am Freilassungstermin der Mensch ein Knecht blieb oder zur Freiheit kam. War das wirklich eine Milderung der *constitutio* und nicht vielmehr selbst erst ein ganz unerträglicher Rechtszustand? Ein Dritter, der selbst seiner Rechte an dem Sklaven sich freiwillig entäußert hatte, der zu dem jetzigen Eigentümer vielleicht in gar keiner rechtlichen Beziehung stand, sollte darüber entscheiden, nach Laune und freiem Belieben, ob der Sklave in der Gewalt des Eigentümers zu verbleiben habe oder ein Freier wurde? Der Eigentümer selbst hätte dem ganz macht-

¹⁾ l. 56 D. 18, 1. ²⁾ l. 23 D. 40, 1.

³⁾ l. 20 § 3 D. 40, 1. Vgl. hinsichtlich des *statuliber* l. 2 pr. D. 40, 7; l. 9 § 3 eod. *libertatis condicionem secum trahit*: Ulpian II, 3.

⁴⁾ Bechmann sagt (Kauf II S. 392), nach dem Tod des Verkäufers komme derjenige Widerruf nicht in Betracht, der nicht dem Eigentümer selbst gegenüber erklärt sei. — Aber die hierfür angeführten Stellen (l. 1, 7, 8 D. 40, 8; c. 4 C. 4, 57) machen diese Unterscheidung nicht, sondern in der l. 1 citata wird die Willensänderung schlechthin für unerheblich erklärt, in der l. 8 cit. und c. 1 C. 4, 57 wenigstens jede Willensänderung, falls der Veräußerer vor dem Termin stirbt. Vgl. später.

los gegenübergestanden. Natürlich hätte er in manchen Fällen versucht, ob nicht der Veräußerer gegen ein gutes Stück Geld sich zur „Reue“ bereit fand. Trotzdem erwähnen die Klassiker nirgends den Fall, daß der Veräußerer, wie sich Paulus hinsichtlich der *lex, ne ancilla prostituatur* ausdrückt, auch hier *manus iniunctionem vendidit*¹⁾, daß er *patientiam accomodavit contra legem quam ipse dixerat*, wie der Kaiser Alexander²⁾ sich ausdrückt, obwohl doch die Klassiker das *pactum manumissionis* viel häufiger behandeln, als jenes Verbot der Prostitution. Hier war eine Reue, ein *remittere legem* schlechthin verboten, weil es sich um eine *condicio pro mancipio* handelte. Und nun sollten dieselben Klassiker gestattet haben, daß der Veräußerer über die Freilassungsklausel rechtswirksam Reue empfand, gerade über die Abrede, welche allein nach der Entscheidung des Paulus imstande war, ihm das für den Fall des Zuwiderhandelns gegen das Prostitutionsverbot vorbehaltene *ius abducendi* zu entwinden, weil die Freiheit als Sühne für den Bruch des Gebots der Sklavin noch günstiger war, als die Rückkehr in die Gewalt des früheren Herrn? Wie viele Anomalien haben die Klassiker mit dem *favor libertatis* zu entschuldigen gewußt, und hier hätten wir ein Reurecht, das geradezu einen Hohn auf diese Begünstigung der Freiheit bedeutete. Jenes Reurecht hätte den Sklaven bis zum Freilassungstermin zittern lassen, es könne sein ehemaliger Herr anderen Sinnes werden. Erst mit dem Tod des Veräußerers hätte der Sklave aufgeatmet, denn *heredis voluntatem non esse exquirendum*.³⁾ Mußte da nicht der Sklave auf den Gedanken verfallen, dieser quälenden Unsicherheit ein Ende zu machen, diesem Reurecht seines ehemaligen Herrn dadurch zu entrinnen, daß er seinen Wohltäter auf die Seite brachte, ihm die Möglichkeit raubte, die ihm erwiesene Wohltat wieder zu bereuen? Eine unerträgliche Konsequenz gerade vom Standpunkt der klassischen römischen Juristen, die die Gefahren wohl kannten, die zu ihren Zeiten den oberen Zehntausend von einer mit Gewalt niedergehaltenen Kaste drohten.⁴⁾ Pernice hat zur

¹⁾ 1. 7 D. 40, 8. ²⁾ c. 1 C. 4, 56.

³⁾ 1. 3 D. 18, 7; 1. 3, 8 D. 18, 7; c. 1 C. 4, 57.

⁴⁾ Am beredtesten spricht das *senatus consultum Silanianum* (D. 29, 5). Man vergleiche die Ulpianische Einleitung.

Erklärung des Reurechts der *constitutio* darauf hingewiesen, daß ja auch das Freiheitsfideikommiß bis zum Tode zurückgenommen werden könne.¹⁾ Aber der Vergleich paßt nicht, denn hier wußte der Sklave nicht, ob ihm eine letztwillige Verfügung seines Herrn die Freiheit brachte, dort aber, wo sich das *pactum manumissionis inter vivos* vollzog, mußte der Sklave in seinem früheren Herrn eine lebende Gefahr erblicken, die seine vertraglich festgesetzte Freiheit ständig bedrohte.

In l. 20 § 3 D. 40, 1 sagt Papinian, daß nicht in jeder Hinsicht der *libertatis causa mancipatus* (Tribonian: *traditus*) einem *statuliber* gleichstehe. Es war verabredet worden, daß der Sklave während der ersten fünf Jahre eine bestimmte Abgabe monatlich entrichten solle. Hatte der Sklave dies versäumt, so entstand die Frage, ob hierdurch der Eintritt der nach der *constitutio* zukommenden Freiheit gehindert werde. Papinian legt den Parteiwillen dahin aus, von der Entrichtung jener Abgabe habe man die *lex manumissionis* nicht abhängig stellen wollen. Die Entrichtung sei nicht eine *condicio libertatis*, wie man von einer solchen beim *statuliber* rede. Mit anderen Worten, man dürfe den Vergleich mit dem *statuliber* nicht zu weit treiben, daß er zuungunsten des Sklaven ausschlage. Nun muß man fragen: Hätte überhaupt bei den Klassikern von einem Vergleich des *libertatis causa mancipatus* mit dem *statuliber* die Rede sein können, falls sie dem Veräußerer das Recht eingeräumt hätten, das Freiwerden des Sklaven jederzeit durch Reue zu vereiteln? *Statuliberi causa immutabilis est.*²⁾ War einmal das Testament, das ihm bedingt die Freiheit zuwandte, in Kraft getreten, so konnte niemand mehr ihm die Anwartschaft auf die Freiheit, die *spes libertatis* rauben. *Statutam et destinatum in tempus vel condicionem libertatem habet.*³⁾ *Libertatis condicionem secum trahit.*⁴⁾ Darum ist es begreiflich, daß die Klassiker mit dem *statuliber* den zusammenstellen, welchem durch Fideikommiß die Freiheit zugewandt war.⁵⁾ Auch hier war niemand nach dem Tod des Erblassers in der Lage, willkürlich die *spes libertatis* zu zerstören. Wie ernst gerade auch hier Papinian es mit der Quasi-

¹⁾ Labeo III S. 135. ²⁾ l. 9 § 1, 3 D. 40, 7.

³⁾ l. 1 pr. D. 40, 7. ⁴⁾ Ulpian II, 3.

⁵⁾ l. 21 D. 40, 5 (Papinian); l. 51 § 3 D. eod. (Marcian).

statulibertät des Sklaven nahm, zeigt recht anschaulich seine Ausführung in der l. 21 D. 40, 5. Aber konnte man bei dem *sub lege manumissionis* manzipierten Sklaven von einer *causa immutabilis* reden, falls der Manzipant die Macht hatte, durch bloße *contraria voluntas*, bloße „Reue“ jederzeit alle Anwartschaft auf Freiheit zu vernichten? Kannte Papinian ein den Eintritt der Freiheit zerstörendes Reurecht, mußte es da im Fall der l. 20 § 3 *citata* für ihn nicht viel näher liegen, anstatt sich durch den ganz unpassenden Vergleich mit dem *statuliber* selbst Schwierigkeiten zu bereiten, darauf aufmerksam zu machen, daß der Veräußerer durch Ausübung seines Reurechts das Freiwerden des ungetreuen Sklaven, der entgegen dem Willen seines ehemaligen Herrn die Abgabe nicht zahlte, ja hätte verhindern können?

Noch viel auffälliger muß das Schweigen über das Reurecht in dem von Paulus entschiedenen Fall der l. 38 § 3 D. 40, 12 erscheinen: Es war ein Sklave mit der Maßgabe verkauft worden, es solle *post triennium* seine Freilassung erfolgen, *si continuo triennio servisset*. Vor Ablauf der drei Jahre entfloh der Sklave, kehrte aber einige Zeit danach, währenddessen der Erwerber verstorben war, zurück. Der Jurist entscheidet, nach Ablauf der Zeit, nach welcher der Sklave hätte freigelassen werden müssen, sei er frei geworden. Paulus faßt also das *si continuo triennio servisset* nicht als Bedingung der Freilassung im strengen Sinne; die Frage, ob nicht etwa der Veräußerer es bereut habe, dem ungetreuen Sklaven die Freiheit ausgemacht zu haben, wird gar nicht aufgeworfen.¹⁾

Ein anderer für unsere Frage wichtiger Ausspruch Papinians findet sich in der l. 8 D. 18, 7:

Papinianus libro 27 quaestionum.

Quaesitum est, si quis proprium servum vendidisset et ut manumitteretur intra certum tempus praecepisset, ac postea

¹⁾ Übrigens ist die Echtheit des Schlußsatzes nicht zweifellos. Auffallend ist der *Indicativus praesentis* und *perfecti* in der von *respondit* abhängigen *oratio obliqua*. Sachlich ist sehr merkwürdig, daß Paulus auf die eigentliche Zweifelsfrage, ob der Sklave trotz der Flucht sofort nach drei Jahren frei werde, gar nicht eingeht, sondern das fast Selbstverständliche sagt, er sei nach Ablauf der Zeit frei geworden, nach welcher er hätte freigelassen werden müssen.

mutasset voluntatem et emtor nihilo minus manumisisset, an aliquam eo nomine actionem haberet. Dixi ex vendito actionem manumisso servo vel mutata venditoris voluntate evanuisse.

Man sieht sofort, es handelt sich um einen Fall aus dem ursprünglichen Anwendungsbereich der *constitutio divi Marci*. Der verkaufte Sklave soll nach dem *pactum adiectum* innerhalb bestimmter Frist freigelassen werden. Die juristische Zweifelsfrage wird hier dadurch hervorgerufen, daß der Verkäufer (natürlich vor Ablauf der Frist) die *lex manumissionis* widerruft, der Käufer aber trotzdem (*nihilo minus*) dem Sklaven die Freiheit gibt. Der Jurist wird gefragt, ob der Verkäufer darum gegen den Käufer irgendeinen Anspruch habe.

Man wird die Frage begreiflich finden, wenn man an die Fälle denkt, in welchen die Manzipation des Sklaven zu dem Zweck geschah, auf daß der Fiduziar die Manumission im Auftrag des Veräußerers vollzöge. Der Auftraggeber hätte hier nach den allgemeinen Regeln den Manumissionsauftrag, man mag *fiducia* oder *mandatum* zugrunde legen, widerrufen und hierdurch gegen den Treuhänder den Anspruch auf Rückgabe des nur zur Erfüllung des Auftrags übereigneten Sklaven erlangen können. Nach den allgemeinen Grundsätzen hätte sich auch der Fiduziar hier nach Widerruf des Auftrags nicht dadurch der Rückforderungsklage entziehen können, daß er den nur formell „nach außen hin“ seiner Verfügungsgewalt unterliegenden Sklaven nun aus eigener Machtvollkommenheit freiließ.¹⁾ Indem Papinian in unserem Fall auf die Frage ob der Veräußerer *aliquam actionem* habe, nur die *actio venditi* in Erwägung zieht, lehnt er die Auffassung, das Geschäft sei eine Mischung von Kauf und *fiducia*, stillschweigend ab: Die Manumissionspflicht entspringt hier einer Maßgabe bei einer entgeltlichen Veräußerung²⁾, deren Beobachtung durch die *actio venditi* nach allgemeinen Grundsätzen erzwungen werden kann. Diese *actio venditi* ist nun nicht etwa durch die Willensänderung des Verkäufers erloschen, sondern sie ist nach der Entscheidung des Klassikers erst *manumisso servo* erloschen: *vel*

¹⁾ Vgl. I. 5 § 1 D. 12, 4; I. 27 § 1; I. 30 D. 17, 1; I. 18 pr. § 1 D. 39, 5; auch Pernice Labeo III S. 128 f.

²⁾ Über die Unterscheidung Näheres in meiner Schenkung unter einer Auflage § 5 S. 60 f.

mutata venditoris voluntate, selbst¹⁾ wenn der Verkäufer seinen Willen geändert hat. Mit anderen Worten: Die Willensänderung des Verkäufers läßt die *actio venditi* auf Beobachtung der Freilassungsaufgabe bestehen, erst durch Erfüllung der Aufgabe erlischt der Anspruch des Veräußerers, gerade als ob keine Konterorder erfolgt wäre. Mit einem Wort: Die Konterorder ist unwirksam: Der Aufgabeberechtigte hat gar nicht die Macht, auf die Erfüllung der Freilassungsaufgabe gültig zu verzichten. Wie sollte er die Macht haben, durch seine bloße „Reue“ die Wirksamkeit der zur strikten Durchführung der Freilassungsaufgabe *favore libertatis* erlassenen *constitutio* zu beseitigen!

Weit entfernt, daß die Freilassung des Sklaven den Käufer haftpflichtig macht, hat sie vielmehr die Wirkung gehabt, seine Verbindlichkeit aus der Freilassungsmaßgabe zum Erlöschen zu bringen. Und in dieser Anerkennung der Erfüllungsqualität der trotz der Willensänderung geschehenen *manumissio* liegt ein für unsere Betrachtung überaus wertvoller Gedanke des Klassikers enthalten: Die *Manumission* und nicht schon die Willensänderung bringt den Anspruch des Verkäufers auf Freilassung zum Erlöschen. Der Veräußerer des Sklaven ist gar nicht mehr in der Lage, die *lex manumissionis* zu widerrufen oder gar durch bloße Willensänderung den Käufer zu zwingen, den Sklaven nach Ablauf der Frist, anstatt freizulassen, in die Knechtschaft seines früheren Herrn zurückzugeben. Papinian hat in der *lex 8 citata* die Reue des Veräußerers hinsichtlich der Freilassungsmaßgabe für wirkungslos erklärt, und das steht ganz im Einklang mit seiner Grundauffassung. Der *libertatis causa mancipatus* hat aufgehört ein der Spekulation der Parteien offenstehendes Objekt zu sein, das objektive Recht hat die Durchführung der zugunsten jenes ausgemachten Maßgabe in seine Hand genommen und der freien Verfügung der Kontrahenten entzogen. Der Sklave steht grundsätzlich einem *statu liber* gleich, der Veräußerer hat keine Macht mehr, die diesem durch die *lex manumissionis* gewährte Rechtsstellung zu „bereuen“. Die Auflage wird auch gegen den Willen des Gläu-

¹⁾ *vel* heißt hier „sogar“, nicht etwa oder; denn dann wäre der Anspruch sinnlos.

bigers *favore libertatis* von der *constitutio divi Marci* zur Vollziehung gebracht.

Gegen die Annahme eines Reurechts des aus der Freilassungsaufgabe Berechtigten spricht auch die l. 122 § 2 D. 45, 1:

Scaevola libro 28 digestorum.

Flavius Hermes hominem Stichum manumissionis causa donavit et ita de eo stipulatus est: „Si hominem Stichum de quo agitur, quem hac die tibi donationis causa manumissionisque dedi, a te heredeque tuo manumissus vindictaque liberatus non erit, quod dolo malo meo non fiat, poenae nomine quinquaginta dari stipulatus est Flavius Hermes, spondit Claudius.“ [Quaero, an Flavius Hermes Claudium de libertate Stichi convenire potest. Respondit nihil proponi, cur non potest. Item] quaero, an si Flavii Hermetis heres a Claudii herede poenam supra scriptam petere voluerit, Claudii heres libertatem Sticho praestare possit, ut poena liberetur. Respondit posse. Item quaero, si Flavii Hermetis heres cum Claudii herede ex causa supra scripta nolit agere, an nihilo minus Sticho libertas ex conventionione, quae fuit inter Hermetem et Claudium, ut stipulatione supra scripta ostenditur, ab herede Claudii praestari debeat. Respondit debere.

Die erste Anfrage nebst dazu gehöriger Antwort mit dem unerträglichen zweimaligen *potest* in der indirekten Rede ist doch wohl von den Kompilatoren eingeschoben: Es sollte wohl darauf hingewiesen werden, daß, wenn auch hier die *stipulatio a condicione coepit*¹⁾, der Schenker doch schon auf Grund der an die Übereignung des Sklaven sich anschließenden formlosen Abrede auf Freilassung mit der sogenannten *actio praescriptis verbis* klagen könne. Davon wußte Scaevola freilich noch nichts.²⁾ Wie sich aus der zweiten und dritten Anfrage des Rechtsuchenden ergibt, sind die ursprünglichen Parteien aus dem modalen Schenkungsgeschäft, Flavius Hermes und Claudius verstorben. Es handelt sich doch um einen praktischen Fall, in dem Scaevola um sein Gutachten angegangen wird: Ist da anzunehmen, daß zunächst gefragt wird, ob der ursprüngliche

¹⁾ Papinian in l. 115 § 2 D. 45, 1.

²⁾ Vgl. meine Schenkung unter einer Auflage § 4 im Anfang. Daß das *convenire de libertate* auf die *actio praescriptis verbis* gehen soll, hat schon Cujaz bemerkt, der freilich an der Echtheit nicht zweifelt opp. I, 1074.

Schenker gegen den ursprünglichen Beschenkten „*de libertate Stichii*“ klagen kann, im folgenden aber sowohl auf Seite des Anfragenden wie des Respondenten nur noch von den Rechtsbeziehungen der beiderseitigen Erben die Rede ist?

Für unsere Frage interessiert besonders der letzte Teil des Gutachtens: Auch wenn der Erbe des Schenkers *ex causa supra scripta agere nolit*, muß dennoch dem Stichus auf Grund der Abrede zwischen den ursprünglichen Vertragsparteien von dem Erben des Beschenkten die Freiheit gewährt werden. Ob zur Zeit dieses Gutachtens die *constitutio divi Marci*, welche Scaevola zweifellos bei Abfassung des 7. Buchs seiner Digesten noch nicht kennt¹⁾, wohl aber kennt im 14. Buch seiner Quästionen²⁾, bereits erlassen war, ist nicht festgestellt. Auch bei Bejahung der Frage würde sich das Schweigen des Klassikers über den Erlaß einfach genug daraus erklären, daß die *constitutio* sich nach ihrem ursprünglichen Wortlaut nur auf die Freilassungsaufgabe bei Verkäufen bezog und wohl erst durch Papinian auf die Schenkungsaufgabe gleichen Inhalts analog angewandt worden ist.³⁾ In jedem Fall aber darf aus dem *praestari debere* des Klassikers geschlossen werden, daß der Erbe des Beschenkten den Sklaven freilassen muß, wenn der Erbe des Schenkers auf Durchführung der Auflage überhaupt nicht dringen, also in unserem Fall die Konventionalstrafe gar nicht einfordern will. Jedenfalls hier, wo die Strafe dem Auflagepflichtigen nicht abverlangt wird, erkennt der Klassiker für den Erben des Beschenkten ein *libertatem praestari debere* an, das offenbar von dem Interesse des Schenkererben an der Durchführung der Auflage, der ja *agere nolit*, gänzlich unabhängig besteht. Wenn aber der Erbe des Beschenkten *libertatem praestare debet*, obwohl sein Gläubiger *agere nolit*, so ist dies doch wohl so zu verstehen, daß nach Ansicht des Klassikers hier eine Instanz über die Durchführung der Freilassungsaufgabe zu wachen hat, die nicht nur eingreift, wenn der auflageberechtigte Gläubiger darum ersucht. Nicht unwahrscheinlich hatte der unter Freilassungsmaßgabe veräußerte

¹⁾ I. 10 D. 18, 7.

²⁾ Vgl. die gleich näher zu erörternde I. 11 § 4 D. 4, 4.

³⁾ Vgl. oben S. 5 Note 3 auch schon Cujaz opp. III p. 17; dies zugleich in Ergänzung von Krüger, Quellengeschichte § 25 Note 32.

Sklave schon vor Erlaß der *constitutio divi Marci* das Recht besessen, durch Anrufen der Verwaltungsbehörde nach Maßgabe der ursprünglichen Abrede auf Erfüllung der Auflage zu dringen.¹⁾ Die Behörde aber wird dem *servus cum spe libertatis* in dem Fall, daß der Inhalt der Abrede sein Gesuch rechtfertigte, ihren Beistand geliehen haben²⁾, ohne danach zu fragen, ob etwa nachträglich der Veräußerer noch auf Einhaltung seiner Maßgabe bestehen wollte.³⁾ Auf diese Weise erklärt sich nicht nur die Adresse, an welche der Erlass Marc Aurels gerichtet war⁴⁾, sondern es begreift sich auch, daß die Klassiker nicht nur den fideikommissarisch freigelassenen, sondern auch den *inter vivos* unter *lex manumissionis* veräußerten Sklaven mit einem *statuliber* verglichen. Marc Aurel mochte wohl in seinem berühmten Erlass an die bisherige Praxis der Behörde, die Durchführung der Freilassungsaufgabe ohne Rücksicht auf eine spätere Willensänderung des ehemaligen Herrn gegenüber dem neuen Eigentümer zu erzwingen, angeknüpft und, wie wir aus den Angaben des Paulus in l. 1 D. 40, 8 ersehen, die Freiheitsanwartschaft des veräußerten Sklaven ausdrücklich von einer nachträglichen Änderung der rechtlichen Beziehungen zwischen den Vertragsparteien unabhängig gestellt haben.

Nicht ohne Interesse für die uns hier beschäftigende Frage ist die l. 11 § 1 D. 4, 4 aus dem 11. Buch des Ulpianischen Ediktskommentars:

Quid si minor viginti quinque annis maior viginti hac lege vendiderit ut manumittatur? Ideo proposui maiorem viginti,

¹⁾ Bekannt ist, daß die *spes libertatis aditum ad praetorem* gibt: l. 23 § 1 D. 36, 1 und die bei Bekker Aktionen II S. 194—195 angeführten Stellen.

²⁾ Vielleicht bezog sich hierauf der Erlass Hadrians, den Scaevola in l. 10 D. 18, 7 erwähnt. Auch über die Durchführung des Prostitutionsverbots hat Hadrian Bestimmungen getroffen: c. 1 C. 4, 56. Alexander Severus hat den Stadtpräfekten damit beauftragt, über die Einhaltung dieser Maßgabe zu wachen: c. 1 C. 4, 5, 6; l. 1 § 8 D. 1, 12.

³⁾ Das *nihilominus* zum Schluß deutet darauf hin, daß auch die Zahlung der Strafe oder die *litis condemnatio* den Sklaven nicht um seine Freiheitsanwartschaft brachte.

⁴⁾ Aufidius Victorinus war nicht nur zweimal Konsul, sondern auch Stadtpräfekt (Mommson, Staatsrecht II, 2 S. 1062 Note 1 Pernice, Labo III S. 123 Note 4). Der Erlass fällt zwischen 177 und 180: *Divus Marcus cum filio rescripsit* (l. 3 D. 40, 8); *divorum Marci et Commodi*: c. 2 C. 4, 57.

quoniam et Scaevola scribit libro quarto decimo quaestionum et magis est ut sententia constitutionis divi Marci ad Aufidium Victorinum hunc id est minorem viginti annis non complectatur. Quare videndum, an maiori viginti annis subveniatur: Et si quidem ante desideret quam libertas competat, audietur, sin vero postea non possit. Item quaeri potest, si is qui emit hac lege minor sit, an restitui possit. Et si quidem nondum libertas competit, erit dicendum posse ei subveniri, sin vero postea quam dies venit, voluntas maioris venditoris libertatem imponit.

Von vornherein sei bemerkt, daß ich den im Druck hervorgehobenen Teil für Tribonianische Maché halte und daß es uns m. E. nicht mehr möglich ist, die Entscheidung Ulpian's zu rekonstruieren. Doch für die Frage nach der Existenz des Reurechts im klassischen Recht kann man schon aus der *quaestio*, die wohl im großen und ganzen echt¹⁾ ist, manches lernen.

Ulpian behandelt den Fall, daß ein zwischen 20 und 25 Jahren stehender Mensch einen Sklaven unter der *lex manumissionis* verkauft oder gekauft hat, im Zusammenhang mit der Frage, ob es gegen die Freilassung eine *in integrum restitutio* gebe. Dies ist bekanntlich grundsätzlich ausgeschlossen, und Ulpian hat sich unmittelbar vordem ganz unzweideutig dahin ausgesprochen: *Adversus libertatem quoque minori a praetore subveniri impossibile est.*²⁾ Der Prätor macht dem *minor* zu Liebe einen einmal freien Menschen nicht wieder zum Sklaven. *Res nec capit restitutionem cum statum mutat.*³⁾ Für die Geltung des Grundsatzes ist es selbstverständlich ganz gleich, ob der Sklave durch regelrechte Freilassung oder etwa vermöge der *constitutio divi Marci* freigeworden war. Denn die *constitutio* verordnet ja, daß am Freilassungstermin der Sklave ebenso frei werden solle, wie wenn der Käufer in Erfüllung der Manumissionspflicht ordnungsmäßig die Freilassung vollzogen hätte. Darüber konnte den Klassikern kaum ein Zweifel sein. Wohl aber entstand die Frage, ob der Ausschluß der *in inte-*

¹⁾ Verdächtig ist das *hunc id est minorem viginti annis*. Sieht man in dem *id est* . . . mit Lenel Ulpian 402 ein Glossem, so bleibt das *hunc* ohne Beziehung. Denkbar ist auch, daß die Kompilatoren den zweiten Teil der *quaestio* aus schulmeisterlichem Drang zugefügt hätten.

²⁾ l. 9 § 6 D. 4, 4. ³⁾ l. 9 § 4 D. 4, 4. Vgl. auch l. 48 § 1 eodem.

grum restitutio sich auch auf das Geschäft bezöge, welches erst eine obligatorische Verbindlichkeit zur Freilassung festsetzte, ob es gegen die *lex manumissionis* eine *in integrum restitutio* gäbe, bevor der Schuldner oder an seiner Statt die *constitutio* dem Sklaven die Freiheit verschafft hatte.

Man wird diese Frage begreiflich finden, wenn man erwägt, daß die Klassiker von dem Zeitpunkt des Abschlusses des *pactum manumissionis* an den veräußerten Sklaven einem *statuliber* gleichstellten, ja sogar seine Freiheitsanwartschaft dank der *constitutio* noch für sicherer gewährleistet ansahen, als die des durch Fideikommiß mit der Freiheit Bedachten, der grundsätzlich ohne Freilassungshandlung des Beschwerten gar nicht die Knechtschaft abstreifen konnte¹⁾, ferner daß Paulus die Veräußerung unter der Maßgabe der Freilassung sogar unter den Erwerbsgründen der Freiheit aufführt.²⁾ Nur diese Frage nach der Möglichkeit der Reszission einer vertragsmäßig übernommenen Freilassungspflicht durch die Behörde hat Ulpian allem Anschein nach in unserer Stelle zur Erwägung gestellt. Nur für diesen Fall waren durch die *constitutio* Schwierigkeiten entstanden, die sofort verschwanden, nachdem einmal vermöge der *constitutio* der Sklave die Freiheit erlangt hatte, und somit der Ausschluß der *in integrum restitutio* sich von selbst verstand. Nun muß man fragen: Wäre es nicht höchst auffallend und befremdlich, wenn Ulpian mit so viel Worten eine Frage aufgeworfen und zu ihrer näheren Erörterung einen besonderen Tatbestand gleichsam mit Motiven³⁾ proponiert haben sollte, wenn deren Entscheidung nach dem zu seiner Zeit geltenden

¹⁾ Vgl. Papinian in l. 20 pr. § 1 D. 40, 1, Ulpian in l. 20 § 1, l. 16 § 1 D. 40, 2.

²⁾ Sententiae IV, 12, 2.

³⁾ *Ideo proposui* . . . Daß die *constitutio*, im Fall der Verkäufer unter 20 Jahre alt war, keine Geltung hatte, also hier die besagte Schwierigkeit gar nicht entstehen konnte, erklärt sich daraus, daß es dem unter 20 Jahre Alten nach klassischer Auslegung der *lex Aelia Sentia* überhaupt nicht gestattet war, auf andere Weise als durch *manumissio vindicta* nach vorausgegangener *causae probatio apud consilium* die Freilassung des Sklaven zu bewirken. Eine fiduziarische Manzipation des Sklaven oder ein Verkauf mit befristeter, selbst bis zum Großjährigkeitstermin des Veräußerers hinausgeschobener Freilassungsmaßgabe galt als *in fraudem legis* geschehen und damit als wirkungslos: l. 7 § 1 D. 40, 9; l. 4 D. 18, 7.

Recht gar nicht zu ernsthaften Zweifeln hätte Anlaß geben können? Ulpian's *quaestio* aber wäre ganz unverständlich, wenn wir ein Reurecht des Veräußerers annehmen. Konnte der Veräußerer durch bloße Reue den Sklaven um jede Freiheitsanwartschaft bringen, so bedurfte es hierfür überhaupt keiner Restitution; die Möglichkeit der Auflösung des ganzen Veräußerungsgeschäfts konnte aber um des Bestehens jener *lex manumissionis* willen gewiß nicht ernsthaft in Zweifel gezogen werden, wenn das objektive Recht dem die Restitution begehrenden Vertragsteil gestattete, jederzeit diese Maßgabe zu „bereuen“ und damit die zu ihrer Durchführung von dem objektiven Recht selbst getroffenen Maßnahmen ohne weiteres außer Kraft zu setzen.

Man könnte vielleicht auf den ersten Blick geneigt sein, auch die in der Stelle gegebene Entscheidung gegen die Annahme eines klassischen Reurechts zu verwerten. Man könnte etwa daran denken, zu sagen, es sei bei Zugrundelegung dieses Reurechts, das doch nur dem Veräußerer zustehen sollte, ganz unbegreiflich, daß Ulpian ohne jede Einschränkung und ohne jede besondere Begründung sowohl dem Verkäufer, wie dem Käufer bis zum Freilassungstermin die Restitution gewährt habe. Was bei dem Gläubiger aus der *lex manumissionis* in Erwägung seines Reurechts erklärlich, ja selbstverständlich erscheinen mußte, war es damit doch nicht hinsichtlich des Käufers, das heißt des Schuldners aus dem *pactum manumissionis*, gegen den sich auch bei Annahme des Reurechts des Auflageberechtigten nach wie vor die ganze Wucht der *constitutio* kehrte. Trotzdem wird die Entscheidung für beide Fälle einheitlich und zwar ganz apodiktisch gegeben. Aber gerade dieses Fehlen jeder Begründung bei der Entscheidung einer so nachdrücklich proponierten *quaestio* ist ein wichtiges Kennzeichen, daß nicht mehr der Klassiker Ulpian, sondern der Gesetzgeber Tribonian zu uns spricht. Die beiden Sätze, die mit dem bekannten *et si quidem* apodiktisch eine Entscheidung hinstellen, sind sachlich und sprachlich voller Anstöße und m. E. sicher interpoliert.

Sprachlich ist besonders auffällig: Zunächst das eben erwähnte zweimalige *et si quidem*, dann das absolut gebrauchte *desideret*, der tumultuarische Wechsel von *modus* und *tempus*,

besonders das verräterische *non possit*, das aus den weggestrichenen Ulpianischen Sätzen stehen geblieben zu sein scheint und nun ganz in der Luft schwebt; im letzten Satz besonders das *sin vero*, zu dem Subjekt und Prädikat ganz fehlen: Der Kompilator hat einfach ohne Überlegung das vorhergehende *sin vero postea* wieder abgeschrieben, aber übersehen, daß hier nicht, wie im vorangegangenen Satz, *desideret* vorausging, sondern *libertas competit*, also auch nicht *desideret*, sondern nur *libertas competit* ergänzt werden könnte, was barer Unsinn wäre.

Noch schlimmer aber ist, daß auch sachlich die Entscheidungen der beiden Fälle über einen Kamm geschoren werden. Zunächst der erste Fall: Der *venditor* ist *minor* und begehrt Restitution. Daß das nach Ablauf der Freilassungsfrist gestellte Restitutionsbegehren hier dem *minor* seinen nun freigewordenen Sklaven nicht mehr zurück verschaffen kann, ist freilich gewiß.¹⁾ Nicht aber gewiß ist, daß hier der *minor* überhaupt nicht *audietur*, daß ihm überhaupt *subveniri non possit*. Denn in den in der Note zitierten Stellen ist ausgesprochen und noch obendrein das eine Mal von Ulpian selbst im *principium* unserer selben Stelle, daß der *minor venditor* in anderen Fällen durch eine *utilis actio in id quod minoris interfuit non manumitti* für den Wegfall der Naturalrestitution entschädigt werden kann. Nun der zweite Fall: Der *emtor* also der Schuldner aus dem Freilassungspakt ist *minor* und begehrt Restitution. Auch hier konnte ebenso, wie im ersten Fall, für Ulpian zweifelhaft sein, ob die Restitution vor Ablauf der Freilassungsfrist den Sklaven um seine Freiheitsanwartschaft bringen konnte, nicht aber konnte für den Klassiker fraglich sein, daß auch nach Ablauf der Frist, also nachdem die Rückgabe des nunmehr freigewordenen Sklaven für den *emtor* unmöglich geworden war, trotzdem dieser *emtor minor* Restitution und — freilich wohl nur gegen Herausgabe, beziehungsweise Versprechen der Herausgabe der Vorteile seiner Patronstellung — Rückzahlung des Kaufpreises verlangen konnte. Hingegen sagt der Schluß der Stelle — freilich echt kompilatorisch verblümt, indem die nunmehr eingetretene Freiheit des Sklaven betont wird — als

¹⁾ l. 9 § 4, 6; l. 11 pr.; l. 48 § 1 D. 4, 4.

ob es auch hier nämlich für den die Restitution begehrenden Käufer auf den Sklaven und nicht vielmehr auf das Zurückerhalten des von dem Käufer bezahlten Kaufgelds ankomme — *non posse ei subveniri*, wie aus dem Vorhergehenden zu ergänzen ist. Mit *voluntas maioris venditoris* sollte wohl verschämt auf das Reurecht hingewiesen werden. Das Präsens *imponit* nach *posteaquem dies venit* ist natürlich unlogisch: Die *voluntas venditoris* wartet nach dem Freilassungstermin doch nicht, bis der *emtor* „*desideret*“, wie man doch nach *sin vero* ergänzen soll.¹⁾

§ 3.

Fortsetzung. Die Interpolation der das Reurecht enthaltenden Stellen.

Man wird nicht bestreiten können, daß bei ernsthaftem Durchdenken der Bedenken, die gegen die Annahme eines die Kraft der *constitutio divi Marci* vernichtenden Reurechts hin-

¹⁾ *Libertatem imponit* ist byzantinische Redeweise und findet sich in den Digesten nur selten. Eisele (Beiträge zur römischen Rechtsgeschichte S. 236f.) hat drei solcher Fälle ausfindig gemacht, außer unserer Stelle, die E. für „nicht ganz unverdächtig“ hält, noch l. 7 § 8 D. 24, 1 und l. 41 D. 38, 2. Allerjüngstens hat Gradenwitz (Savignyzeitschrift Bd. 23 S. 341f.) noch die l. 4 pr. D. 40, 2 und die l. 9 i. f. D. 40, 8 hinzugefügt, die Gradenwitz ebenso wie die *lex 38 citata* für interpoliert hält, während Gr. in der l. 7 § 8 D. 24, 1 und der l. 11 § 1 D. 4, 4 das *libertatem imponere*, das hier nicht auf den Tatbestand, sondern auf die kraft der *constitutio* eintretende Rechtsfolge gehe, für echt erachtet. Daß die l. 4 pr. *citata* durch und durch interpoliert ist, darüber dürfte man heute, wenn man auch über den ursprünglichen Sinn der Stelle noch streiten mag, wohl einig sein. Man höre nur z. B.: *Si libertatem imposuerit, libertas favore libertatis contingit* oder den banalen Schlußsatz. Zum Überfluß vgl. die l. 15 § 1 D. 40, 9, (auf die schon Mommsen und Lenel hingewiesen haben), wo es gut klassisch *manumiserit vindicta* heißt. Vgl. über diese Stelle auch noch Mitteis in der Savignyzeitschrift Bd. 21 S. 206 und Gradenwitz a. a. O. — Daß die l. 11 § 1 *citata* interpoliert ist, habe ich versucht darzutun. Hinsichtlich der l. 41 *cit.* haben schon Kalb und Eisele die Interpolation für sicher hingestellt und Gradenwitz hat dies im einzelnen erwiesen. Über die l. 9 D. 40, 8 vgl. später S. 44 Note 1.

Hingegen hat Eisele die l. 7 § 8 D. 24, 1 nur wegen des *libertatem imponere* verdächtigen zu können geglaubt, aber auch hier scheint mir ein weitgehender Eingriff der Kompilatoren aus sachlichen Gründen nachweisbar.

sichtlich des klassischen Rechts obwalten, der Verdacht entstehen muß, es sei jenes Reurecht nur ein durch Interpolationen verdecktes Erzeugnis justinianischer Gesetzgebungskunst. Ob dieser Verdacht gerechtfertigt ist, wird sich am ehesten aus einer Untersuchung der einzelnen Stellen ergeben, die dieses Reurecht anerkennen.

*Callistratus libro tertio de cognitionibus.*¹⁾

Eum qui ita venit, ut intra tempus manumittatur, cum dies praestandae libertatis venerit [vivente venditore et perseverante in eadem voluntate] perinde haberi, ac si ab eo, a quo debuit manumitti, manumissus esset: [mortuo autem venditore non esse heredum eius voluntatem explorandam] divus Marcus cum filio suo rescripsit.

M. E. enthalten die in Klammer gesetzten Worte eine Zutat Tribonians. Der wichtigste Grund hierfür ist der Ausspruch des Paulus in der unzweifelhaft echten weder sachlich noch sprachlich angreifbaren l. 1 desselben Titels. Paulus könnte hier nicht erklären, auch wenn der Verkäufer seinen Willen ändere, komme dem Sklaven die Freiheit zu, wenn in der Verordnung Marc Aurels schon das Gegenteil bestimmt worden wäre, wie Callistratus dies in der *lex 3* behauptet. Der Gedanke, daß einer der beiden Juristen den Inhalt der *constitutio* falsch wiedergegeben habe, wird kaum bei jemandem Beifall finden. Handelt es sich doch um eine Konstitution, die in den *senenstria* niedergelegt war.²⁾ Hingegen sprechen noch mancherlei Gründe im einzelnen für die Interpolation des das Reurecht enthaltenden Passus. Daß durch Ausstoßung der gekennzeichneten Worte die Stelle ihren schleppenden Charakter verliert und sich sachlich und sprachlich glatt liest, wird man nicht leugnen können. Besonders werden hierdurch einige schwerwiegende sachliche Anstößigkeiten beseitigt. In dem ersten Satz heißt es: Lebt der Verkäufer am Freilassungstermin noch und bleibt er bei seinem Willen, so wird es so angesehen, wie wenn der Sklave freigelassen wäre. Nun wird mit *autem* fortgefahren: Ist der Verkäufer aber verstorben, so wird nicht nach dem Willen der Erben gefragt. Aber das ist gewiß kein klarer Gegensatz. Wir wollen zunächst auch gar nicht

¹⁾ l. 3 D. 40, 8.

²⁾ l. 10 i. f. D. 18, 7.

wissen, nach welchem Willen nicht gefragt wird, sondern was für diesen Fall des Vorhersterbens des *venditor* die *constitutio* hinsichtlich der Geltung des Willens des Toten bestimmt hat. Aus dem ersten Satz können wir zur Not *per argumentum e contrario* entnehmen: falls der Verkäufer noch lebt, aber bereut, so wird der Sklave nicht frei. Wie ist es aber nun, wenn der Verkäufer tot ist und zwar 1. wenn er vor seinem Tode bereut hat, 2. wenn er bis zu seinem Tode seinen Willen nicht geändert hat? Statt uns auf diese zwei Fragen Antwort zu geben — und es ist kaum denkbar, daß sie die *constitutio*, falls sie überhaupt ein Reurecht anerkannt hat, nicht beantwortet hätte¹⁾, sagt uns die Stelle nur, auf den Willen der Erben käme es nicht an. Aber wir möchten vor allem wissen, ob es auch auf den Willen des Erblassers hier nicht ankomme, ob also eine vor dem Tod stattgefundene Reue des *venditor* durch sein Versterben vor dem Freilassungstermin wirkungslos werde. So wenig verständig diese Entscheidung auch in der Sache wäre, so unmöglich eine solche von Marc Aurel ausgegangen sein kann, so scheint es doch, daß unsere Stelle dieses habe erklären wollen. Denn wenn die Reue des *venditor* schlechthin die *constitutio* habe außer Kraft setzen sollen, so wäre das schon sprachlich anstößige *vivente venditore et perseverante* . . . sachlich unverständlich. Nicht auf das *vivere et perseverare in eadem voluntate* käme es dann an, sondern nur auf das *perseverare*.

Nun wird aber auch in der *lex 8* desselben Titels das Gegenteil wirklich mit nackten Worten als Ausspruch Papinians vorgetragen: Wenn die Schenkerin am Freilassungstermin (hier dem Tode des Beschenkten) noch lebt, so wird der Sklave nur mit Zustimmung der Schenkerin frei, ist die Schenkerin aber schon tot, so erlangt der Sklave auf jeden Fall („*omnimodo*“), also auch bei vorheriger Reue der Schenkerin, die Freiheit. Und ebendasselbe sagt auch die c. 1 C. 4, 57 von Alexander, die dem Sklaven dann die Freiheit zuspricht, wenn der Schenker nicht anderen Sinnes geworden ist oder wenn der Schenker bereits verstorben ist, in welch letzterem Fall es also auf eine

¹⁾ Sie hat sich ja nach dem Bericht des Paulus in l. 1 D. 40, 8 mit der gewiß nicht naheliegenden Eventualität befaßt, daß Verkäufer und Käufer ohne Erben sterben.

etwa vorangegangene Willensänderung des Schenkers nicht mehr ankommt. Da es aber wenig verständlich ist, daß die *constitutio* den Veräußerer mit der Kraftloserklärung seiner Reue dafür habe büßen lassen, daß er nicht bis zum Freilassungstermin am Leben verblieben war, so wird man vielleicht trotz der l. 8 und der c. 1 *citatae* geneigt sein, anzunehmen, in der l. 3 *citata* sei aus dem Verbot der Erforschung des Erbenwillens *e contrario* zu schließen, auf den Erblasserwillen komme es auch hier an. Auch für diese Auffassung des in l. 3 gegebenen Referats vom Inhalt der *constitutio* läßt sich eine andere Stelle anführen: Die l. 3 D. 18, 7.

Paulus libro quinquagesimo ad edictum.

Si quis hac lege veniit, ut intra certum tempus manumittatur, si non sit manumissus, liber fit, si tamen is qui vendidit in eadem voluntate perseveret: heredis voluntatem non esse exquirendam.

Danach also ist das Freiwerden des Sklaven schlechthin abhängig davon, daß der Veräußerer bei seinem Willen verbleibt; daß es im Fall des Vorherverversterbens anders sei, wird mit keinem Wort angedeutet, nur auf den Erbenwillen solle es auch nach dieser Stelle nicht ankommen.

Zusammenfassend darf man wohl sagen: Es ist unmöglich, daß die *constitutio* von einem Reurecht so unsicheren Umfangs, wie es die l. 3 *citata* angibt, sich abhängig gestellt habe. Es ist aber auch undenkbar, daß ein Klassiker ein derart unklares und unzutreffendes Referat über den Inhalt einer unmittelbar vor seiner Zeit erlassenen und praktisch so bedeutsamen Kaiserverordnung erstattet habe. Dieser Unklarheiten mußte sich ein Klassiker bewußt sein, nur ein Kompilator konnte sie im Drang des Geschäfts übersehen, oder im Bestreben, nur an dem klassischen Text zu flicken, ohne ihn von Grund aus zu ändern, mit in den Kauf nehmen.

Nicht minder unzweifelhaft scheinen mir die das Reurecht einführenden Worte in der l. 8 D. 40, 8 auf Interpolation zu beruhen.

Papinianus libro nono responsorum.

Mancipia mater filiae donaverat ut filia curaret ea post mortem suam esse libera: cum donationis legi non esset obtemperatum, ex sententia constitutionis divi Marci libertates obtin-

gere [*matre consentiente*] *respondi*: [*Quod si ante filiam mater vita decessit, omnimodo*].

Die eingeklammerten Worte sind m. E. kompilatorische Zutat. Die Manier ist die gleiche, wie in l. 3 *citata*. Durch eine schleppende noch obendrein nicht an rechter Stelle befindliche Konstruktion mit *ablativus absolutus* des *participii praesentis* wird auf das Reurecht hingewiesen, hier sogar sich nicht mit dem bloßen Nichteintritt der Reue begnügt, sondern „Konsens“ des Veräußerers am Freilassungstermin gefordert. Ob diese Zustimmung besonders eingeholt werden muß — aber von wem? — oder ob sie aus dem Unterbleiben einer Konterorder ohne weiteres geschlossen werden darf¹⁾, über diese praktisch wichtige Frage schweigt der Jurist und bezeichnend genug schweigen auch alle die anderen Stellen, welche zum *ipso iure*-Freiwerden des Sklaven fordern, daß der Veräußerer bei seinem Willen verbleibe.

Der Schlußsatz erscheint schon sprachlich „angeklext“. Der Hauptsatz hat weder Subjekt nach Prädikat, man soll *libertates obtingere* aus dem Vorhergehenden ergänzen, er besteht nur aus dem Justinianischen Lieblingswort²⁾ *omnimodo*. Auch der Indikativ *decessit* nach *respondi* fällt auf.

Ich meine, auch wenn Paulus in der *lex 1 citata*, ja auch der Paulus der l. 3 D. 18, 7 nicht das Gegenteil sagten, so könnte doch kein Zweifel sein, daß dieser Schlußsatz, der den toten Veräußerer mit Kraftloserklärung seines Reurechts dafür strafen will, daß er nicht wenigstens bis zum Freilassungstermin im Diesseits geblieben sei, und der damit geradezu auf die Tötung des früheren Herrn die Prämie der sonst verlorenen Freiheit setzt, nicht von dem Klassiker Papinian herrühren kann.³⁾

¹⁾ Besonders interessiert hier das kompilatorische *cum non appareat mutata esse domini voluntas* in l. 4 pr. D. 40, 2.

²⁾ Vgl. auch Eisele, Beiträge S. 240 über *omnimodo*.

³⁾ Zum Überfluß behandelt Claudius Tryphoninus in l. 10 D. 18, 7 einen ganz analogen Fall, den er den Responsen seines Lehrers Scaevola entnimmt. Der Verkäufer zweier Sklaven hatte ausgemacht, daß diese nach dem Tode des Käufers frei werden sollten. Scaevola offenbar vor dem Erlaß der *constitutio divi Marci*, die er bei Abfassung des 14. Buchs der *quaestiones* (l. 11 § 1 D. 4, 4) kennt, hatte, sich auf eine Verordnung Hadrians berufend, entschieden, ohne Freilassung würden die Sklaven

Man könnte freilich sich zum Beweis dafür, daß auch sonst im klassischen Recht eine Freilassung anerkannt sei, deren Gültigkeit von dem vorherigen Ableben des Freilassenden und dem Nicht-Vorliegen einer Willensänderung desselben abhängig sei, auf den Ausspruch des Marcellus in l. 15 D. 40, 1 berufen, der nach der Inskription dem 23. Buch seiner Digesten entnommen ist:

Mortis causa servum manumitti posse non est dubitandum. Quod non ita tibi intelligendum est, ut ita liber esse iubeatur, ut si convalescerit dominus, non fiat liber: Sed quemadmodum si vindicta eum liberaret absolute, scilicet quia moriturum se putet, mors eius expectabitur, similiter et in hac specie in extremum tempus vitae confertur libertas durante scilicet (propter mortis causa tacitam condicionem) voluntate manumissoris: quemadmodum cum rem ita tradiderit, ut moriente eo fieret accipientis quae ita demum alienatur, si donator in eadem permanserit voluntate.

Auch wenn man mit Lenel¹⁾ annehmen wollte, die Stelle habe ursprünglich von der *manumissio inter amicos* gehandelt, so bleibt doch bestehen, daß uns zugemutet wird, zu glauben, Marcell habe gelehrt, eine Freilassung, die in Erwartung des Todes, wenn auch *absolute per vindictam* geschehe, habe zur Folge, daß der Sklave erst mit dem Ableben des *manumissor* frei werde und daß dieser die Wirkung der *legis actio* jederzeit durch Reue vernichten könne.²⁾ Wie dies mit dem Gedanken des Scheinprozesses, insbesondere der Tätigkeit des die Freiheit aussprechenden Magistrats, ferner mit dem Grundsatz: *nulla legis actio prodita est de futuro*³⁾ zusammengereimt werden soll, ist dunkel. Wohl aber erinnert das *mors eius*

nicht frei. Tryphonin merkt an: *Divus Marcus ex lege dicta libertatis in vendendo quamvis non manumissos fore liberos in semenstribus constituit, licet in mortis tempus entoris distulit venditor libertatem.* Die Sklaven werden also nach der *constitutio* ohne weiteres frei. Davon, daß es noch auf einen nachträglichen „Konsens“ des Veräußerers ankomme, weiß der Klassiker nichts.

¹⁾ Marcellus 248.

²⁾ Übrigens ist auch das Pönitenzrecht des *inter amicos* Manumittierenden (Tacitus annal. XIII, 27) nach der *lex Iunia* in Wegfall gekommen: Fragmentum Dositheanum §§ 5f.

³⁾ Vaticana 49.

expectabitur an das *mors eius expectanda est* der durch und durch verfälschten l. 13 § 1 D. 24, 1.¹⁾ Nirgends findet sich sonst in den Quellen eine Spur dafür, daß durch ein solches Freilassungsgeschäft, unter Lebenden, aber *mortis causa* abgeschlossen, eine so eigenartige Statulibertät geschaffen werden könne. Ich glaube nicht, daß, selbst wenn man von den mannigfachen weiteren sachlichen und sprachlichen Anstößigkeiten²⁾ der Stelle absieht, dieser Ausspruch als Beleg für den Inhalt klassischen Rechts verwertet werden kann. Die Stelle ist meines Erachtens unrettbar durch die Kompilatoren verdorben und bietet gerade hierdurch einen neuen Beleg dafür, daß dieser Gedanke des Reurechts bei Freilassungsgeschäften auch in dem uns hier interessierenden Fall nicht klassischen, sondern tribonianischen Ursprungs ist.

Es ist hiernach ein Leichtes, auch die das Reurecht enthaltenden Worte in der Paulusstelle l. 3 D. 18, 7³⁾ als Interpolation zu erkennen. Von dem letzten *si* an spricht der Kompilator. Sprachlich will vielleicht die dreimalige Wiederholung von Bedingungssätzen mit *si* in einem Satzgefüge bei Paulus nicht so viel bedeuten. Immerhin empfindet man gerade

¹⁾ Auch an die kompulatorischen Ausführungen in l. 5 § 9—11 D. 24, 1; besonders schön § 10: *Si uxori suae monumentum purum maritus . . . donaverit, valebit donatio sic tamen ut cum fit religiosus valeat.*

²⁾ Vgl. z. B. gegenüber dem durch seinen Subjektwechsel schon hinreichend gekennzeichneten Satz *si vindicta eum liberaret absolute, scilicet quia moriturum se putet, mors eius expectabitur* das Papinianische *eum autem qui absolute donaret, non tam mortis causa quam morientem donare* in l. 92 § 1 i. f. D. 39, 6. In sprachlicher Hinsicht verrät die Kompilatoren außer dem perpetuierlichen Subjektwechsel das Durcheinander von *tempus* und *modus*. Darum scheint selbst der Anfang bis *absolute* nicht völlig echt zu sein, doch kann man vermuten, insbesondere im Hinblick auf den Vergleich mit dem *manumittere vindicta absolute*, daß Marcell eine *mortis causa manumissio* nur im uneigentlichen Sinne als eine Freilassung im Angesicht des Todes anerkannt habe, die, mochte sie nun *inter amicos* oder *vindicta* vorgenommen sein, jedenfalls ebensowenig wie die *donatio absoluta* in Erwartung des Todes in ihren Wirkungen bis zum Eintritt des Todes suspendiert war. Man vgl. auch im Gegensatz zu Marcellian in l. 27 D. 39, 6 Marcellus in l. 13 § 1 i. f. D. 39, 6: *Sic quoque potest donari mortis causa, ut nullo casu si eius repetitio id est nec si convaluerit quidem donator.*

³⁾ Siehe den Text oben S. 28.

den letzten Wenn-Satz als besonders nachschleppend, und bekanntlich ist gerade das *si tamen* eine für die Kompilatoren charakteristische Anschlußwendung. Dazu kommt das verkehrte *perseveret*. Zum Schluß verrät sich die Hand der Kompilatoren in der in der Luft schwebenden Konstruktion mit dem *accusativus cum infinitivo*, die an das Einschiesel in der l. 3 D. 40, 8 erinnert.

Auf den sachlichen Gegensatz zu Paulus' Ansicht in der l. 1 D. 40, 8, aber auch zu l. 3 und l. 8 *eodem*, die nur das Reurecht des am Freilassungstermin noch lebenden Veräußerers anerkennen, ist schon früher eingegangen worden.

Auch die gleichfalls das Reurecht in diesem geringen Umfang anerkennende c. 1 C. 4, 57 bietet genügenden Anhalt zur Annahme einer Interpolation.

Imperator Alexander A. Patricensi. (a. 222.)

Si Patroclius postquam te Hermiae donationis causa dedit lege dicta, ut, si quindecim annis continuis servisses, ad libertatem perducereris ita, ut civis Romanus esses, tempore peracto, si modo Patroclius non contrariae voluntatis fuerit aut si iam decesserit, ad libertatem pervenisti, quoniam placuit non solum ad venditos, sed etiam ad donatos eam legem, ut manumitterentur, pertinere, nec te potuit semel translato dominio in Hermiam postea alii Patroclius vendere; et ideo non de praestanda tibi libertate, quam ex constitutione iam fueras adeptus, litigare debuisti, sed libertatem quam obtinueras, defendere.

Auch wenn man von dem Ergebnis unserer bisherigen Untersuchung absieht, so muß meines Erachtens die im Druck hervorgehobene Einschränkung der Entscheidung mit dem ebenso, wie das *si tamen* in der l. 3 D. 40, 8, für die Kompilatoren charakteristischen *si modo* und dann wieder *aut si* auffällig erscheinen. Wie schlecht sich diese Einschachtelung mit dem doppelten *si*, nachdem schon zwei *si*-Sätze vorangegangen sind, in das Satzgebäude einfügt, zeigt sich am besten, wenn man das Ganze einmal ohne die verdächtige Stelle liest. Plötzlich klappt alles, nicht nur sprachlich, sondern auch sachlich. Denn wie paßt es zu der Einschränkung der Entscheidung auf den Fall, daß der Schenker nicht bereut hat

oder gestorben ist, daß am Schluß das Freigewordensein des Sklaven als sicher hingestellt und ganz bedingungslos dem Anfragenden gesagt wird: Du bist ja längst frei geworden und du hättest nur deine schon erworbene Freiheit zu verteidigen brauchen. Der Kaiser Alexander am Schluß der Stelle weiß also gar nichts von dem Reurecht, das ihm am Anfang der Stelle Kummer bereitet und dessen Nichtbetätigung er mit *si modo* für den Anfragenden herbeiwünscht. Dies Ignorieren des Reurechts des Schenkers am Schluß ist aber um so befremdlicher, als nach dem Vorgegangenen gar kein Zweifel sein kann, daß in der Tat der auflageberechtigte Schenker Patrocius nach Vollzug der Schenkung die Freilassungsmaßgabe bereut hat: Er hat ja *translato dominio in Hermiam* den Sklaven einem anderen verkauft und damit zu verstehen gegeben, daß er hinsichtlich der dem ersten Erwerber auferlegten Maßgabe anderen Sinnes geworden ist. Alexander wünscht mithin mit *si modo* für den um seine Freiheit besorgten Sklaven nach seiner eigenen Sachdarstellung etwas Unmögliches herbei, um diesem Sklaven zur Freiheit zu verhelfen. Wenn er trotzdem zum Schluß bedingungslos dem Fragesteller erklärt, *libertatem ex constitutione iam fueras adeptus*, so ist damit erwiesen, daß der sachlich einen Irrealis enthaltende Bedingungssatz *si modo Patrocius non contrariae voluntatis fuerit* in der ursprünglichen Entscheidung nicht gestanden hat.

Ebensowenig weiß von diesem Reurecht der Kaiser Alexander bei Entscheidung zweier ganz gleich liegender Fälle, von denen die eine in dasselbe Jahr 222, die andere zwei Jahre später fällt.¹⁾ Er entscheidet da, ohne nach einer Willensänderung des Veräußerers zu fragen:

Si ea lege Chreste servum, sed naturalem filium venumdedit, ut emptor eum manumitteret, quamvis non est manumissus, ex constitutione divorum Marci et Commodi ad Aufidium Victorinum liber est.

Und ebenso uneingeschränkt gibt er auf die Frage, ob eine siebenjährige Sklavin, die mit der Maßgabe, sie nach Erreichung des 25. Lebensjahres freizulassen, verkauft worden, aber erst mit 27 Jahren freigelassen worden war, schon kraft

¹⁾ c. 2, c. 3 C. 4, 57.

der *constitutio* frei geworden sei, die Entscheidung: Die Sklavin wurde mit 25 Jahren frei und ihr nachdem geborener Sohn ist *ingenuus*. Er denkt gar nicht daran, die Ingenuität davon abhängig sein zu lassen, daß in dem Verlaufe der 18 Jahre der Veräußerer keine Reue empfunden habe oder bereits verstorben sei. Von diesen Absonderlichkeiten, die den Kaiser Alexander des c. 1 bekümmern, weiß der Alexander dieser Stellen anscheinend gar nichts. Auch dies ist ein Anzeichen der Interpolation. Denn es ist sehr wohl begreiflich, daß die Kompilatoren sich damit begnügten, hier und da, wo es in den Zusammenhang der Stelle am ehesten paßte, ihr Reurecht einzuschmuggeln, aber es ist kaum denkbar, daß der rechtsprechende Kaiser die Entscheidung gleichliegender Tatbestände bald von dem Nichtvorhandensein einer Sinnesänderung des Veräußerers abhängig gemacht, bald ohne jede Rücksicht auf diesen Punkt die Entscheidung gegeben hätte.

Nach alledem wird man es mir erlassen, den Beweis noch einmal *ab ovo* aufzunehmen, daß auch in der Entscheidung Diocletians in der c. 6 C. 4, 57¹⁾ jedenfalls die schon sprachlich einen Mißklang bedeutenden Worte *non mutata venditoris voluntate* eingeschoben sind, um in ganz ungeschickter Art auf das Reurecht hinzuweisen. Darum wird in den Entscheidungsgründen, die hier, wo der Veräußerer die Konventionalstrafe wegen Vertragsbruchs einklagen möchte, doch wohl kaum zweifelhafte Tatsache nachgeholt, der Veräußerer habe seinen Willen nicht geändert, doppelt ungeschickt noch insofern, als der wichtigste Teil der Entscheidung, nämlich das Freiwerden des veräußerten Sklaven schon vorher als zweifellos (*constitit*) scheinbar unabhängig von diesem nachhinkenden „Entscheidungstatbestand“ hingestellt worden war.

¹⁾ *Si puellam ea lege vendidisti, ut manumitteretur et, si manumissa non esset, centum aurei praestarentur, non servata fide nihilo minus eam raptam e vestigio servitutis ad libertatem, quae praestari potuit, constitit, nec pecunia quasi rapta fide suscepta recte petetur, cum [non mutata venditoris voluntate] condicionis potestate post manumittentis factum repraesentari optima ratione placuit.*

§ 4.

Das Reurecht nach der *constitutio divi Marci* und die *condictio propter poenitentiam*.

Die Betrachtung einer Digestenstelle, welche gleichfalls das Reurecht bei der *constitutio divi Marci* enthält, haben wir an den Schluß dieser Ausführungen stellen wollen, weil sie uns zugleich in rechtshistorisch höchst interessanter Art darüber belehren kann, zu welchen weiteren wichtigen gesetzgeberischen Konsequenzen die Zulassung dieses Reurechts die Kompilatoren geführt hat. Es ist die bekannte von der herrschenden Meinung¹⁾ längst als interpoliert angesehene l. 5 § 1 D. 12, 4.

Ulpianus libro secundo disputationum.

Si servum quis tradiderit alicui ita, ut ab eo intra certum tempus manumitteretur, si poenituerit eum qui tradiderit et super hoc eum certioraverit et fuerit manumissus post poenitentiam, attamen actio propter poenitentiam, competit ei qui dedit. Plane si non manumiserit, constitutio succedit facitque eum liberum, si nondum poenituerat eum qui in hoc dedit.

Schon vor 13 Jahren konnte Pernice schreiben:

„Daß die Stelle interpoliert ist, daran kann heute kein Zweifel mehr sein . . . Den Beweis für die Interpolation nochmals aufzunehmen, wäre verlorene Mühe: Es läßt sich nichts Besseres darüber sagen, als gesagt worden ist. Aber erledigt ist die Frage damit noch nicht.“²⁾

Die sachlichen und sprachlichen Anstöße sind besonders von Gradenwitz ausführlich gekennzeichnet worden. M. E. ist in der Stelle von *si poenituerit* an kein Wort mehr dem Ulpian angehörig. Nur auf ein vielleicht noch nicht deutlich hervorgehobenes Kennzeichen der Interpolation sei hier hingewiesen: Die völlige Verschiebung des Tatbestandes im zweiten Satz, der doch auf den Inhalt des ersten stillschweigend Bezug nimmt. Nachdem ausführlich erörtert, daß der Veräußerer gegen den Erwerber, der trotz Konterorder manumittiert hatte, *actio*

¹⁾ Faber, *rationalia ad* D. 12, 4; Manns, Das Pönitenzrecht, zweite Aufl., S. 107 f.; Gradenwitz, Interpolationen S. 161 f.; Lenel, Zeitschr. für Rechtsgeschichte N. Folge Bd. 9 S. 182; Pernice, Labeo III S. 134, S. 261 f.

²⁾ Labeo III S. 134, 263.

propter paenitentiam habe, wird mit dem bekannten *plane* fortgefahren: *Si non manumiserit, constitutio succedit*, als ob gar kein Widerruf erfolgt wäre, und nur zum Schluß wird das Reurecht noch einmal hereingezogen mit den den ganzen Sachverhalt des ersten Satzes ignorierenden Worten: *si nondum paenituerat eum qui in hoc dedit*.

Es handelt sich in der Stelle jedenfalls um einen Fall echter Freilassungsfiduzia: Der Sklave wird nicht verkauft mit der Maßgabe späterer Freigabe, sondern er wird übergeben zu dem Zweck der Freilassung. Je nachdem man annimmt, daß das *certum tempus*, innerhalb dessen die Freilassung zu vollziehen ist, nach der Vertragsauffassung (dem „*quid actum sit*“ des Pomponius in l. 18 § 1 D. 39, 5) im Interesse des Gebers oder des Empfängers gesetzt ist, ist der Empfänger nichts als Salmann oder wir haben ein *negotium mixtum cum donatione* im Sinne Aristos.¹⁾

Auf Grund unserer Stelle nimmt die durchaus herrschende Ansicht an, die Freilassungsfiduzia habe zum ursprünglichen Geltungsbereich der *constitutio divi Marci* gehört²⁾ oder sei jedenfalls schon von den Klassikern den Normen der *constitutio* unterstellt worden. Doch dürfte die gegenteilige Meinung die besseren Gründe für sich haben.

Zunächst erscheint hier beachtlich, daß die Stellen, welche den Inhalt der *constitutio* wiedergeben, stets nur von einem Verkauf unter Freilassungsmaßgabe reden.³⁾ Der Tatbestand

¹⁾ Vgl. meine Schenkung unter Auflage S. 48 f.

²⁾ Hierfür auch Gradenwitz, Interpolationen S. 161 f., besonders Pernice, Labeo III S. 131 f.: „Der kaiserliche Erlaß beschränkt sich freilich nicht auf die *fiducia*, sondern umfaßt alle Fälle vertragsmäßiger Verpflichtung zur Freilassung“. Anderer Ansicht nur Manns Pönitenzrecht, 2. Aufl. S. 107, mit der Begründung, die Anwendung der *constitutio* auf die Freilassungsfiduzia hätte leicht zu einer Umgehung der gesetzlichen Bestimmungen über die Manumission führen können. Aber dies erscheint nicht überzeugend: Die *fiducia* schloß sich ja nicht an den formlosen „Traditionsvertrag“, sondern nur an *mancipatio* und *in iure cessio* an und auch diese galten als unwirksam, sobald sie in *fraudem legis* geschahen: l. 7 § 1 D. 40, 9 (l. 4 D. 18, 7).

³⁾ Vgl. Tryphonin in l. 10 i. f. D. 18, 7: *Divus Marcus ex lege dicta libertatis in vendendo quamvis non manumissos fore liberos in semenstribus constituit*. Ebenso Paulus in l. 1 D. 40, 8: *Si servus venditus est, ut intra certum tempus manumitteretur*, . . . noch deutlicher in l. 38 § 1 D. 40, 12:

läßt einen besonderen Rechtsschutz für den Freilassungsanspruch besonders wünschenswert erscheinen. Die *actio venditi* bietet unter der Herrschaft der *pecuniaria condemnatio* keine hinreichende Gewähr für die Durchführung der Maßgabe. Darum sorgt das objektive Recht der *constitutio* selbst dafür, daß der Erwerb des Käufers auf das in dem Vertrag festgesetzte Maß herabgesetzt werde. Es ist klar, daß die unentgeltliche Veräußerung des Sklaven unter der gleichen Maßgabe denselben Rechtsschutz verdient.

Im Fall der fiduziarischen Manzipation liegen die Verhältnisse ganz anders. Das Geschäft dient nach seinem eigenen Sinne nur dem Interesse des Manzipanten, der aus irgendeiner rechtlichen oder tatsächlichen Ursache die *legis actio* nicht selbst vornehmen kann oder will und darum den Erwerber beauftragt, statt seiner tätig zu werden. Der neue Eigentümer *negotium mancipantis gerit*.¹⁾ In diesem Fall bedarf der Gläubiger aus der Freilassungsabrede nicht so dringend des außerordentlichen Erfüllungszwangs, wie im Fall der Veräußerung des Sklaven unter Maßgabe. Denn von dem Treuhändergeschäft kann der *dominus negotii* jederzeit zurücktreten und somit, im Fall der Salmann mit der Ausführung des Auftrags säumig ist, mit *actio fiduciae* seinen Sklaven zurückfordern²⁾ und auf anderem Weg die Manumission bewirken. Das kann der Verkäufer oder Schenker nicht: Selbst wenn er dem Erwerber die Freilassungspflicht aus der Auflage erlassen wollte, bliebe der Sklave nunmehr unbeschwert beim Erwerber.³⁾ Erwägt man, daß dem Fiduzianten zur Rückerlangung seines Sklaven der Rechtsschutz der *actio fiduciae* zu Gebot stand, so wird begreiflich, daß er zur Durchführung des Manumissionsauftrags der *constitutio divi Marci* nicht bedurfte. Auch hier

Constitutionem quidem divi Marci ad libertatem eorum mancipiorum pertinere quae hac lege venierint ut post tempus manumitterentur; Callistratus in l. 3 D. 40, 8: Eum qui ita venit, ut intra tempus manumitteretur. Vgl. ferner Ulpian in l. 7 § 8 D. 24, 1: venditor sive donator, Alexander in c. 1 C. 4, 57: Quoniam placuit non solum ad venditos, sed etiam ad donatos eam legem ut manumitterentur, pertinere.

¹⁾ Vgl. den ähnlichen Fall in l. 64 D. 24, 1.

²⁾ l. 27 § 1 D. 17, 1; Vaticana 334a (l. 30 D. 17, 1).

³⁾ l. 8 D. 18, 7.

galten in gewissem Sinne die Erwägungen, aus denen heraus Papinian und Ulpian die Geltung der *constitutio* leugneten, falls der *sub lege manumissionis* beschenkte Ehegatte nicht innerhalb der in der Auflage bestimmten Frist die Freilassung vollzog:

*Recte dici non esse constitutioni locum nec voluntatem mariti posse constitutioni locum facere, cum proprium servum possit manumittere . . . Quia venditor sive donator non sibi vult legem imponi nec potest sed ei qui accepit.*¹⁾

Daß in der Tat Ulpian auf den Fall der Freilassungsfiduzia die Geltung der *constitutio divi Marci* nicht erstreckt hat, ergibt sich mit einiger Gewißheit aus der l. 18 § 1 D. 39, 5. Wie hätte sonst Ulpian hier ohne jeden Zusatz die Ansicht Aristos und Pomponius' referieren können, daß darum nicht geklagt werden könne, weil *donatio aliqua inesse videtur*, weil der Freilassungstermin im Interesse des Empfängers hinausgeschoben oder vor dem Termin die Übereignung aus diesem Grund erfolgt sei. Auch nach Ablauf des *quinquennium* hätte ja der Manzipant nicht mit *actio fiduciae* klagen können, wenn die Freilassungsabrede unter dem Schutz der *constitutio* gestanden hätte: Denn dann wäre nach Ablauf der fünf Jahre der Sklave ohne weiteres frei geworden: *Constitutio succedit facitque eum liberum, si nondum poenituerat eum qui in hoc dedit*, wie ja gerade Ulpian gesagt haben soll. Weder ein Erfüllungs- noch ein Rückforderungsanspruch des Fiduzianten wäre dann noch denkbar: *Cum emolumentum legis voluntatem venditoris secutum sit*, wie Papinian²⁾ im Fall des ursprünglichen Geltungsbereichs der *constitutio* sich ausdrückt.

Derselbe Papinian vergleicht freilich im nächsten Paragraphen desselben Fragments ganz allgemein den *libertatis causa traditus* mit einem *statuliber*. Aber das *traditus* ist doch wohl interpoliert aus *mancipatus*.³⁾ Jedenfalls ergibt der Inhalt der Stelle, daß ein Verkauf unter Maßgabe, nicht ein Treuhändergeschäft⁴⁾ in Frage steht: Einmal soll dem Erwerber

¹⁾ l. 7 § 8 D. 24, 1.

²⁾ l. 20 § 2 D. 40, 1, ebenso Diocletian in c. 6 C. 4, 57.

³⁾ Auch die Basiliken (48, 1, 20 § 3) haben *παρασκόμενον*. οὐδὲ γὰρ ἐν πᾶσι χρὴ συγκρίνεσθαι τῷ στατουλίβρι τὸν ἐπὶ αἰρέσει ἐλευθερίας παρασκόμενον.

⁴⁾ Vgl. Schenkung unter Auflage S. 60 f.

endgültig nicht das Eigentum an dem Sklaven, sondern nur der Vorteil der Patronstellung zugewandt werden, andererseits soll der Käufer sich auch während der Dauer seines Eigentums mit einer bestimmten Ausübung seines Herrenrechts begnügen. Er soll von dem entgeltlich erworbenen Eigentum an dem Sklaven keinen uneingeschränkten Gebrauch machen, sondern sich mit einer bestimmten monatlichen Abgabe zufrieden geben: Also eine Maßgabe im strengen Sinne des Worts, der auch Papinian den rechten Namen *modus* nicht vorenthält:¹⁾ *Conditionem libertati mercedes non facere, sed obsequio temporariae servitutis modum praestitutum esse respondi*. Also ist hier nicht von einer fiduziarischen Zweckgabe, sondern von einer entgeltlichen Zuwendung die Rede, deren Umfang der Veräußerer durch obligatorische Bindung des Empfängers, das heißt durch Auflage, einschränkt: Das ursprüngliche Geltungsbereich der *constitutio*.

Nach alledem darf man annehmen, daß erst die Kompilatoren das Treuhändergeschäft unter den Schutz der *constitutio* gestellt haben.

Während die bisher herrschende Ansicht davon ausging, daß die *constitutio divi Marci* schon ursprünglich sich auf die Freilassungsfiduzia mitbezogen habe, ist man darüber einig, daß das Geschäft, in dem der Eigentümer eines Sklaven gegen ein Entgelt die Freilassung des *servus proprius* zusagt, nicht zum ursprünglichen Geltungsbereich der *constitutio* gehört. Man nimmt auf Grund der l. 38 § 1 D. 40, 12 allseitig an, daß zuerst Paulus die *constitutio* auf diesen Fall erstreckt habe. Doch dürfte sich nachweisen lassen, daß auch diese Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Konstitution erst nachklassischen Ursprungs ist.

Gegen die Urheberschaft des Paulus spricht zunächst der Umstand, das die Ausdehnung des Erlasses auf den Fall, in dem die Freilassung nicht als Auflage, sondern als Gegenleistung übernommen wird, über das Bereich unmittelbarer oder

¹⁾ Als *terminus technicus* darf freilich der *modus* hier so wenig wie in l. 31 § 1 D. 39, 5 von Papinian gedacht werden, wo gleichfalls darunter von dem Klassiker eine der Zuwendung gesetzte Einschränkung verstanden und als in *concreto* gegeben richtig verneint wird.

analoger Anwendung des gegebenen Rechts weit hinausreicht und sich als eine praktisch außerordentlich bedeutsame Rechtsänderung darstellt. Das Geschäft *decem do ut Stichum manumittas* ist in seinen Wirkungen von dem anderen *Stichum vendo* oder *dono ea lege ut manumittatur* von Grund aus verschieden. Papinian ließ — wenn wir der l. 7 D. 19, 5 glauben dürfen — im ersten Fall *actio praescriptis verbis* gegen den Manumissionsschuldner zu und *si nihil interest condictio ob rem*.¹⁾

Damit stimmt überein, was uns die l. 5 § 2 D. 19, 5 als Meinung des Paulus überliefert:

„*Quod si tale est factum quod locari non possit, puta ut servum manumittas, sive certum tempus adiectum est, intra quod manumittatur idque [cum potuisset manumitti vivo servo] transierit, sive finitum non fuit et tantum temporis consumptum sit, ut potuerit debueritque manumitti, condici ei potest vel praescriptis verbis agi.*“

Im einzelnen mag hier manches den Kompilatoren angehören, so zum Beispiel die in Parenthese gesetzten Worte²⁾, aber der Grundgedanke, der gegen den mit der Freilassung Säumigen Aktionenzwang verheißt, dürfte doch schwerlich erst eine Erfindung Tribonians sein, eine Neuerung, die zu der l. 38 § 1 D. 40, 1 wie die Faust aufs Auge passen würde:

¹⁾ Die l. 19 D. 40, 1 ist doch wohl interpoliert: *Papinianus libro trigensimo quaestionum. Si quis ab alio nummos acceperit, ut servum suum manumittat, etiam ab invito libertas extorqueri potest, licet plerumque pecunia eius numerata sit, maxime si frater vel pater naturalis pecuniam dedit: videtur enim similis ei qui suis nummis redemptus est.* — Daß Papinian gesagt haben soll „mag auch meistens das Geld desselben gezahlt worden sein, besonders wenn der Bruder oder natürliche Vater das Geld gegeben hat“, ist kaum anzunehmen. Andererseits weist der hier ausgesprochene allgemeine Gedanke darauf hin, daß die Stelle ursprünglich nur den Fall erörterte, in dem ein Sklave des Eigentümers (etwa ein Blutsverwandter des Freizulassenden) das Geld gab. Sonst wäre der Satz mit *licet plerumque* eine für Papinian unmögliche Übertreibung. Wäre der Geldgeber irgendein „*alius*“, so fehlte damit auch die Ähnlichkeit mit dem *servus qui suis nummis redemptus est*. Vgl. l. 4 besonders § 1, l. 5 pr. D. 40, 1. Daß der Sklave, welcher für die eigene Freilassung oder die eines anderen Geld dem Herrn gibt, zur Durchführung des ihm erteilten Manumissionsversprechens sich an die Behörde wenden kann, hat auch Diocletian entschieden: c. 8 C. 7, 16; c. 9 i. f. C. 4, 6.

²⁾ Vgl. später S. 46 Note 1.

Paulus libro quinto decimo responsorum.

Idem respondit constitutionem quidem divi Marci ad libertatem eorum mancipiorum pertinere quae hac lege venierint, ut post tempus manumitterentur: sed eundem favorem libertatis consequendae causa etiam eam mereri pro qua dominus pretium accepit ut ancillam suam manumitteret, cum idem etiam libertam habiturus sit.

Daß von *sed* an der Kompilator spricht, ist mehr als wahrscheinlich. Vor allem: Wie ist der neue Fall der *constitutio*, den Paulus eingeführt haben soll, beschrieben! „Auch diejenige verdiene dieselbe Gunst, für welche der Eigentümer den Kaufpreis empfangen hat, damit er seine Sklavin freilasse.“ Ein solches Gestotter dürfen wir trotz seiner oft schwerfälligen Diktion dem Klassiker Paulus kaum zutrauen. Die Annahme einer Interpolation wird zur Gewißheit, wenn wir die Begründung ins Auge fassen, die Paulus für seine folgenschwere Neuerung gegeben haben soll. Das erste *libertatis consequendae causa* ist eine nichtssagende Redensart, mit der man die Anwendung der *constitutio* auf jedwedes Manumissionsversprechen hätte verteidigen können, wovon Paulus, wie wir gleich sehen werden, weit entfernt ist. Also bleibt als Grund nur noch das *cum idem etiam libertam habiturus sit*. Hier verrät die Kompilatoren zunächst sprachlich das bei Justinian beliebte *idem*¹⁾ anstatt des einfachen *is* oder gar keines Pronomen, ferner das an falscher Stelle befindliche *etiam*, das sich doch wohl auf *idem* beziehen soll, aber auf *libertam* bezogen werden muß, was keinen Sinn gibt. Daß aber sachlich diese Begründung der Anwendung der *constitutio* nicht von Paulus herrühren kann, ergibt sich mit Sicherheit aus dem *principium* unserer selben Stelle, in der Paulus, obwohl die im § 1 gegebene Begründung gleichfalls zutrifft, dennoch die Anwendung der *constitutio* schlechthin verneint:

*Paulus respondit, si, ut proponitur, post perfectam sine ulla conditione emtionem postea emtor ex voluntate sua*²⁾ *litteras emisit, quibus profiteretur se post certum tempus manumissurum eum quem emerat, non videri eas litteras ad constitutionem divi Marci pertinere.*

¹⁾ Eisele, Beiträge S. 238, 239.

²⁾ *ex voluntate sua Tribonian?*

Der Käufer, der nachträglich die Freilassung verspricht, würde natürlich auch nach dem Sinn seines Versprechens die Vorteile der Patronstellung behalten dürfen, ebensogut wie der, welcher gegen Empfang eines Entgelts die Freilassung des von vornherein in seinem Eigentum befindlichen Sklaven zusagt. Trotzdem geht die Entscheidung kategorisch dahin, daß solche nachträgliche Zusage des Käufers nicht unter die *constitutio* falle. Es ist klar, daß es an jeder *ratio* fehlt, hier, z. B. im Fall einer nachträglichen *Stipulation*¹⁾, die *constitutio* auszuschließen, wenn man in dem anderen Fall sich nicht scheut, den Erlaß auf einen Fall anzuwenden, der sich von dem ursprünglichen Geltungsbereich der *constitutio* gleich weit entfernt. Daß der Paulus des *principium* nicht den Schlußsatz des § 1 geschrieben haben kann, ergibt sich denn auch am deutlichsten, wenn man das Ganze im Zusammenhang liest und das bedingungslose Abstreiten der Geltung der *constitutio* im *principium*, das sich offenbar einfach auf den Inhalt des Erlasses gründet, mit der unklaren Rücksichtnahme auf das Wohl der Sklavin vergleicht, aus der heraus im § 1 entgegen dem Inhalt der *constitutio* die Geltung des Erlasses verteidigt wird.²⁾

¹⁾ Vgl. das *litteras mittere* der Beschenkten an den Schenker in l. 57 D. 24, 1 von Paulus.

²⁾ Hinsichtlich der wohl kaum sicher zu entscheidenden Frage nach dem ursprünglichen Gehalt der Stelle gewähren vielleicht die Basiliken einen Anhalt. Im Text von 48, 8, 38 § 1 heißt es zwar kategorisch: *Εἰ δὲ καὶ τιμὴν λάβω, ἔφ' ὃ δούλην μου ἐλευθερώσω, ὑποπίπτω τῇ διατάξει;* in dem Scholion aber: *Ἐάν τις χρήματα λάβῃ ὑπὲρ τοῦ ἐλευθερώσαι τὸν ἴδιον οἰκίτην ἢ τὴν ἰδίαν θεράπαιναν, εἰ καὶ μὴ ἀνήκει τὸ ἀνδράποδον πρὸς τὴν Μάρκου διάταξιν διὰ τὸ ἐκείνην τὰ ἐπὶ ὄρφ' ἐλευθερίας πιπρασόμενα ἀνδράποδα μόνα εὐεργετεῖν· ὅμως φανόρε λιβερώτατος ἀναγκάζεται οὗτος ὁ λαβὼν χρήματα ἐπὶ τῷ ἐλευθερώσαι τὸν . . . ἐλευθεροῦν αὐτὴν ἐπειδὴ καὶ ἀπελευθέραν μέλλει ἔχειν αὐτήν.* — Schon früher ist bemerkt (S. 40 Note 1), daß die l. 19 D. 40, 1 von Papinian, die anscheinend den gleichen Fall wie die l. 38 § 1 D. 40, 12 behandelt, wahrscheinlich ursprünglich von dem Fall gehandelt hat, daß ein Sklave des Eigentümers den Kaufpreis des Sklaven dem Herrn gegen das Manumissionsversprechen übergab. Mir ist nach der ganzen Fassung der l. 38 § 1 und dem obigen Basilikenscholion nicht unwahrscheinlich, daß Paulus hier den gleichen Fall besprach, wie Papinian in der ursprünglichen l. 19, und daß Paulus vielleicht unter Berufung auf Papinian entschieden habe, die Sklavin *a qua dominus ut manumitteret pretium accepit*, könne zwar nicht nach der *constitutio divi Marci*, die sich nur auf die Freilassungsmaßgabe beziehe,

Hingegen dürfen wir uns zum Beweis der Fälschung der l. 38 § 1 *cit.* nicht auf die c. 9 C. 4, 6 von Diocletian beziehen. Denn, wie bereits an anderem Orte erörtert¹⁾, hat dieses Reskript selbst erst von den Kompilatoren seine jetzige Fassung erhalten und handelte ursprünglich gar nicht von der schuldhaften Unterlassung einer gegen Entgelt zugesagten Manumission eines Sklaven, sondern von der entgeltlichen Zusage einer ursprünglich unmöglichen Freilassung eines zur Zeit des Abschlusses des Geschäfts bereits freien Menschen, der aber in der Meinung des Promissars noch Sklave war.

Auf der anderen Seite könnte man geneigt sein, sich zum Beweis der Echtheit der l. 38 § 1 *citata* auf die c. 4 C. 4, 57 zu berufen, die nach der Inschrift von Gordian aus dem Jahr 240 stammt:

Si is qui pretium pro te acceperat, ut statuto tempore te libertate donaret, moram repromissae libertati praestitit, ex eo te liberam esse factam manifestum est, ex quo cum posset dari libertas, non est praestita; et ideo ex te natos ingenuos videri procreatos non est incertae opinionis.

Aber auch diese Stelle trägt deutliche Kennzeichen einer Überarbeitung durch die Kompilatoren. Sprachlich anstößig erscheint der harte Subjektswechsel am Schluß des ersten Satzes, das ungeschickte *non est praestita*, wo aus dem Nebensatz *libertas* zu ergänzen ist, dann das *posset* anstatt *potuisset*; schließlich das *ex eo te liberam esse factam*: Von einem bestimmten Zeitpunkt an kann man doch nicht frei werden, sondern nur frei sein. Sachlich fällt zunächst auf das übertreibende *manifestum est*, während im Hinblick auf den wirklichen Inhalt der *constitutio* und der angeblichen Neuerung des Paulus doch höchstens der Kaiser von einem „*placuit*“ hätte reden können, wie Alexander Sever in c. 1 *eodem* hinsichtlich der von Papi-

frei werden, wohl aber könne ihr Herr in analoger Anwendung der *epistola divorum fratrum ad Urbium Maximum* zur Freilassung von der Verwaltungsbehörde gezwungen werden, da ihm ja auch so seine Patronstellung verbleibe. Diese Entscheidung von Papinian und Paulus mag denn wieder für Diocletian in c. 8 C. 7, 16 und der am Schluß echten c. 9 C. 4, 6 vorbildlich gewesen sein.

¹⁾ Vgl. Basiliken 24, 1, 37 und meine Schenkung unter einer Auflage § 10 S. 131 die Note.

nian inaugurierten analogen Anwendung der *constitutio* auf den Fall der Schenkungsaufgabe. Aber vielleicht ist gerade das *manifestum est* und das *non est incertae opinionis* hinsichtlich der Ingenuität der Kinder der Anfragenden echt und gewährt uns einen Anhalt dafür, daß die Stelle ursprünglich von einem Verkauf unter Freilassungsaufgabe gehandelt habe, also von dem ursprünglichen Gebiet der *constitutio*.

Daß hier abgeändert worden ist, ergibt sich mit Gewißheit, falls man den Tatbestand mit der Entscheidung vergleicht. Die Sklavin sollte *statuto tempore*, also zu einem bestimmten Termin nach der Vereinbarung frei werden; Gordian erklärt der Anfragenden aber, sie sei erst von dem Zeitpunkt an frei geworden, von welchem an die Freiheit nicht gewährt sei, obwohl sie hätte gewährt werden können. Dieses Abstellen auf eine schuldhaft unterlassene Freilassung in einem Falle, in dem ein fester Termin für die Freilassung verabredet war, ist echt kompilatorische Weisheit. Latinus Largus fragt zwar in l. 9 D. 40, 8 seinen Lehrer Paulus, wann ein Sklave nach der *constitutio* frei werde, falls ein Termin für die Freilassung von den Parteien nicht festgesetzt worden sei, und Paulus antwortet hierauf ganz zutreffend, es komme darauf an, ob dieses Stillschweigen der Parteien über den Zeitpunkt der Freilassung bedeuten solle, der Käufer habe den Sklaven *cum primum potuisset* oder spätestens bei seinem Ableben freizulassen.¹⁾ Aber wann der Sklave frei werde, dessen Freilassung nach der Abrede *statuto tempore* erfolgen

¹⁾ Der Schluß (doch wohl schon von *si non appareat*, vgl. aber auch Paulus 1326 Lenel) ist kompilatorisch. Die Identifizierung der *prior opinio*, die der „favor herbeiführen wird“, das heißt des *cum primum potuisset* mit *duo menses* nach bekannter Manier mit dem nachhinkenden „*id est*“ ist für Paulus undenkbar und offenbar ein gesetzgeberischer Machtspruch. Sachlich und sprachlich ist der Schluß *ex constitutionibus* — im Beginn steht richtig der Singular *ex constitutione* — *ad libertatem eripitur* verdächtig. Vgl. das *raptam e vestigio servitutis* in c. 6 C. h. t., *eripi ad libertatem* in c. 15, 17 § 2 C. 7, 4; c. 3 § 1 i. f. C. 7, 15 von Justinian. Wahrscheinlich ist die ganze Bestimmung ein Abklatsch der Justinianischen Vorschrift in der c. 17 *cit.* Dann wird auch das *constitutionibus* am Schluß der Stelle verständlich. Die Kompilatoren haben die *senatusconsulta* bezüglich der fideikommissarischen Freilassung (c. 4 C. 7, 4) mit der *constitutio divi Marci* verwechselt.

solle, darüber konnte nach der *constitutio* gar kein Zweifel sein. Denn gerade diesen Fall regelt der Erlaß und bestimmt ganz unzweideutig, es solle so angesehen werden, als habe der Käufer am verabredeten Termin selber den Sklaven freigelassen.¹⁾ Die *constitutio* will durch ihr Gebot die Willenserklärung des auflagepflichtigen Erwerbers ersetzen: *Condicionis potestate manumittentis factum repraesentari placuit*, wie Diocletian in der c. 6 C. 4, 57 treffend sagt. *Emolumentum legis voluntatem venditoris secutum est* erklärt Papinian in der l. 20 § 2 D. 40, 1. Folglich kann es gar nicht darauf ankommen, ob am Termin der Auflagepflichtige in der Lage ist, die Maßgabe zu erfüllen oder nicht; sondern wenn er auch vielleicht ohne Schuld verhindert war, zur verabredeten Zeit die Freilassung zu bewirken, so wurde dadurch die Geltung der *constitutio* nicht ausgeschlossen. Denn diese war ja von Marc Aurel nicht als Strafe für den Vertragsbruch des Auflagepflichtigen, sondern als Vollstreckungsmittel zur Durchführung einer im öffentlichen Interesse²⁾, jedenfalls im Interesse der Humanität gelegenen Vertragsabrede gedacht. Der Erlaß gibt dem Sklaven am verabredeten Termin die Freiheit ganz unangesehen der Frage, aus welchen Gründen heraus die Auflage unerfüllt geblieben war. Daß Gordian ebenso gedacht hat, ergibt sich daraus, daß er es für *non incertae opinionis* erklärt, daß die Kinder der freizulassenden, aber nicht freigelassenen Sklavin *ingenui* seien. Gemeint sind natürlich die nach dem Termin erzeugten Kinder. Wäre es dem Kaiser darauf angekommen, daß die Kinder zu einer Zeit erzeugt wurden, zu der der die Freilassung Schuldende im Verzug — im strengen Sinne — war, also die Freilassung, hätte vollziehen können und trotzdem nicht vollzogen hat, so hätte der Erlaß die Ingenuität der Kinder nicht so ohne weiteres als *non incertae opinionis* erklären können. Denn darüber, wann ein solcher Verzug des Freilassungsschuldners eingetreten ist, wissen wir ja gar nichts. Er war nach dem Inhalt der *constitutio divi Marci* zweifellos gänzlich irrelevant,

¹⁾ l. 1, 3 D. 40, 8; l. 10 D. 18, 7; c. 1, c. 3 C. 4, 57.

²⁾ So wenigstens im Sinn der spätklassischen Zeit: *libertas non privata sed publica res est, ut ultro is qui eam debet offerre debeat* (l. 53 D. 40, 5).

wie sich am klarsten aus Alexanders Entscheidung derselben *quaestio* in c. 3 *eodem* ergibt. Hier soll die Sklavin mit 25 Jahren nach der Maßgabe frei werden, der Käufer manumittiert sie aber — vielleicht ohne eigene Schuld — erst mit 27 Jahren. Alexander entscheidet bedingungslos:

Ideoque impleto vicensimo quinto anno Firma libera facta est nec obest ei quod vicensimo septimo anno manumissa est, quae iam ex constitutione libera erat: et is quem post vicensimum quintum annum ex te conceptum enixa es, ingenuus es.^{1) 2)}

¹⁾ Hieraus ergibt sich auch, daß die schon oben S. 40 als Zusatz der Kompilatoren bezeichneten Worte *cum potuisset manumitti vivo servo* im Fall eines *certum tempus* in l. 5 § 2 D. 19, 5 nicht von Paulus herühren. Das *vivo servo* ist natürlich auch ganz überflüssig; denn wenn das *certum tempus* transierit, *cum potuisset manumitti*, so mußte doch selbstredend der *servus* so lange *vivus* sein.

²⁾ Man kann mit der Interpolation der c. 4 *cit.* die nicht minder törichte Entscheidungen zusammenstellen, welche die Kompilatoren hinsichtlich der Ingenuität der Kinder einer Sklavin gefällt haben, die entgegen einem Fideikommiß nicht zur verordneten Zeit freigelassen wurde. Man vergleiche zunächst die von *sed tradi* . . . an interpolierte l. 53 D. 40, 5, die in der zweiten Hälfte den Fall behandelt, daß der Beschwerte *dolos* durch Hinausschub der Erbschaftsantretung auch die Existenz der Fideikommißverpflichtung hinausschiebt, um die in der Zwischenzeit von der freizulassenden Sklavin geborenen Kinder als sein eigen behalten zu können. Man beachte die falsche *consecutio temporum* *manumitterentur, fiant*, und den schwülstigen, unlogischen Schlußsatz, der kategorisch bestimmt, die Kinder der zu manumittierenden Sklavin sollten nicht, wie im Fall des Verzugs, *ingenui* werden, sondern *Liberten* der Mutter. Den *dolos*en Fideikommissar hätte Marcian schwerlich nur „*indignus*“ genannt. Höchstwahrscheinlich — man beachte das *nihilo minus* am Schluß von l. 54 *eodem* — zwang der Prätor hier den Erben stets zur Manumission der *liberi* oder stellte selbst ihre Ingenuität fest. Vielleicht ist danach das *placet manumittendos (scilicet ab herede)* echt, aber der törichte Gedanke, daß wenn der Fideikommissar nicht die bereits geschuldete Freilassung verzögert, sondern *dolos* das Geschuldetwerden verhindert, die in der Zwischenzeit geborenen Kinder nicht *ingenui*, sondern *Liberten* der Mutter werden sollen, entstammt erst dem Gehirn der Kompilatoren. Sie wollen in dem Fall, daß die gebärende Sklavin „*moram non studio manumissoris sed fortuito patiatur*“, ebenso entscheiden: l. 13 D. 40, 5 angeblich von Modestin. Aber schon Antoninus Pius kam es, wie sich aus l. 26 § 2 *eodem* ergibt, im Fall der Säumnis des Beschwerten nur darauf an, *ne pueri ingenuitate destinata fraudarentur*. Darum entscheidet er: *Perinde eos ingenuos fore ac si mater eorum suo tempore manumissa fuisset*. So entscheidet auch in l. 41 i. f. *eodem* Scaevola bedingungslos dahin: *Id*

Nach alledem wird man gut tun, sich zum Beweis der Echtheit der l. 38 § 1 *citata* nicht auf die verfälschte o. 4 *citata* zu berufen, übrigens neben der l. 38 § 1 die einzige Stelle in der Kompilation, welche die *constitutio divi Marci* auf den Fall erstrecken will, daß die Freilassung als Gegenleistung zugesichert wird.

Indem die Kompilatoren die Freilassungsfiduzia und den gegenseitigen Vertrag *decem do ut Stichum manumittas* der *constitutio divi Marci* unterstellten, kam ihnen der Zweifel, ob man dem Gläubiger aus der Freilassungsabrede das ihm nach klassischem Recht im Fall der Fiduzia schlechthin, im Fall des Innominatkontrakts beim Ausbleiben der Manumission gewährte

quod natum est ex Pamphila, eius quidem esse, cuius ea fuerat tunc cum pareret: verum heredem [si moram fideicommissae libertati fecit] compellendum partum quoque ad libertatem perducere. Mit l. 13 *citata* stimmt auch nicht das gewiß echte *sed sunt constitutiones quibus cavetur statim ex quo libertus debere coeperit ingenuum nasci* in l. 53 *eodem* (das Folgende ist doch wohl wieder eingeschoben). Hieraus ergibt sich, was man von dem fr. 26 § 3 mit seiner verkehrten *consecutio temporum* (*irrogaverit, perducatur*) und den sprachlich wie sachlich gleich anstößigen Distinktionen des angeblichen Ulpian des § 1 zu halten hat. Der Klassiker spricht nur noch in dem zweiten Satz mit *plerumque* bis *debet* unverfälscht. Danach darf man wohl das ganze *fragmentum* 54 den Kompilatoren aufs Kerbholz schreiben und muß darauf verzichten, aus dem *compellendi sunt* irgendwelche Schlüsse über extraordinären Zwang bei der Freilassungsfiduzia zu ziehen. In sprachlicher Hinsicht fällt auf: *postquam accepisset* in der direkten Rede, dann *noluit* anstatt *noluerunt*, nun auf einmal *nollet* anstatt *noluerit*, schließlich in *rerum natura esse desisset* anstatt *desierit*: Maecian hat wohl entschieden, wenn während des Verzugs die Mutter (etwa im Wochenbett) stirbt, so muß der Erbe doch die Kinder manumittieren oder der Prätor stellt ihre Ingenuität fest, ebenso wie sein Kaiser Antoninus Pius. Auch l. 55 ist schwerlich echt; schon der erste Satz ist nicht konstruiert: Nach *deliberat* müßte man erwarten *ancilla pepererit*; anstößig ist ferner das *dictum est*, dann das zweimalige *hoc* (*tamen* oder *quoque*) *casu*, dann *debet*; zu *manumittere* und *tradere* (anstatt *mancipare*) fehlt das Objekt. Im § 1 bemerke man das unklare *si horum aliquid evenerit*. Besonders schön ist die Begründung dafür, daß der *praetor* der direkt freigelassenen Mutter *in rem decernat actionem exemplo fideicommissariae libertatis* (!): *In parvulis nulla deprehenditur culpa!* Trotz dieser stetigen „Schuldlosigkeit“ der „*parvuli*“ soll aber von der schuldlosen Säumnis des Fideikommissars die — Sklavenmutter den Vorteil haben: Sie wird Patronin der *parvuli*; im letzten „*casus*“ des *principium* soll es wohl der Erbe werden, der hier wohl den Kompilatoren besonders schuldlos erscheint.

Rücktrittsrecht belassen sollte, obwohl nunmehr die *constitutio* die Durchführung der Freilassungspflicht gewährleistete. Wie die Klassiker eine solche Kollision geregelt hätten, ist klar: Man hatte ja den Parteien das Recht aberkannt, durch *contrarius consensus* die Freilassungsmaßgabe aus der Welt zu schaffen. Aus welchen Gründen die Kompilatoren diese Souveränität der zur Wahrung des öffentlichen Interesses erlassenen *constitutio* beseitigen und dem Rücktrittsrecht des Gläubigers aus dem Manumissionsversprechen trotz der Geltung der *constitutio* rechtliche Anerkennung gewähren wollten, ergibt sich am deutlichsten aus der angeblich von Julian herrührenden l. 30 D. 17, 1, die in viel weitergehender Art, als man bisher angenommen hat, von Tribonian geprägt ist.¹⁾

Iulianus libro tertio decimo digestorum.

Si hominem tibi dederō ut eum manumitteres et postea procurator meus prohibuerit ne manumitteres, an mandati agere possim, si tu eum manumiseris? respondi si procurator iustam causam habuit interpellandi manumissionem servi, quem in hoc solum acceperam, ut manumitterem, veluti si compererit eum postea falsas rationes confecisse, insidias vitae prioris domini struxisse, tenebor, nisi denuntiationi procuratoris parvero: Si vero nulla iusta causa procuratori fuit denuntiandi, ne servus manumitteretur, non poterit mecum agi, quamvis ad libertatem eum perduxerim.

Formelle Anzeichen der Interpolation sind hier in erster Linie der plumpe Wechsel der Personen. In der *quaestio* ist der *ego* der Fiduziant, der *tu* der Fiduziar, in der Entscheidung wird der *ego* zum Fiduziar, der *tu* zum Fiduzianten. Auffällig ist ferner das zum Tatbestand nachhinkende, die *fiducia* umschreibende *in hoc solum acceperam*, womit wohl auf den Unterschied zu dem anders entschiedenen Fall der l. 8 D. 18, 7

¹⁾ Daß die Stelle ursprünglich von der *fiducia cum amico contracta* gehandelt habe, hat Lenel sicher begründet. Vgl. jetzt Palingenesia Iulian 218; so auch Pernice, Labeo III S. 130 zu Note 1. — Dniestrzanski, Aufträge zugunsten Dritter S. 209, meint freilich gegen Lenel, die Annahme einer Interpolation sei „unbegründet“ und die Stelle erkläre sich aus dem alten „Realmandat“. — Den letzten *nisi*-Satz hält, weil den früheren Tatbestand wieder aufhebend, für unecht Eisele in der Savignyzeitschrift X, S. 306–307.

hingewiesen werden soll, dann die schleppende Gerundiumkonstruktion *interpellandi manumissionem servi*, schließlich der *prior dominus* anstatt des Julianischen *ego*, beziehungsweise des kompulatorischen *tu*.

Noch schwerer wiegen die sachlichen Anstöße. In dem durch Lenel¹⁾ rekonstruierten Parallelfall der Vaticana 334a

Julianus et si mancipaverim tibi hominem ut eum manumitteres, postea procurator denuntiet ne manumittas, respondit nisi pareas denuntiationi, competere mihi fiduciae actionem.

scheint Julian schlechthin *fiduciae actio* gegeben zu haben, wenn der Konterorder des *procurator* nicht gehorcht wird.²⁾ Der Julian der l. 30 *citata* will hingegen unterscheiden, ob der *procurator* eine *iusta causa* zum Einschreiten habe. Also auf einmal nicht mehr ein Reurecht schlechthin, wie in den übrigen Stellen, sondern ein an das Vorliegen einer *iusta causa* gebundenes Reurecht! Der Sklave muß es verdient haben, daß man ihm die Freiheitsanwartschaft nimmt, so vor allem, falls sich nachträglich herausstellt, daß er von vornherein der Freiheit nicht würdig war, aber doch wohl auch, falls er nach Erlangung der Anwartschaft sich schlecht aufführt. Denn das Reurecht soll ja gerade dazu dienen, um den *servus cum spe libertatis* in Räson zu halten, wie sich recht deutlich aus der verfälschten l. 15 D. 40, 1 ergibt. Brennt z. B. der Sklave durch, so läßt der Klassiker Paulus trotzdem die *constitutio* wirken³⁾, der angebliche Ulpian aber in der durch und durch interpolierten l. 5 § 3 D. 12, 4 gibt hier, im Fall die Freilassung gegen Entgelt übernommen war, sogar dem zur Freilassung verpflichteten Eigentümer, falls er „*propter fugam offensus*“ ist, ein mit den allgemeinen Grundsätzen des *do ut facias*-Geschäfts schwerlich zu vereinbarendes Rücktrittsrecht, das ihn unter Rückgabe des empfangenen Entgelts von der Freilassungspflicht entbindet.⁴⁾

¹⁾ Savignyzeitschr. VIII S. 205.

²⁾ Schon darum darf man nicht aus der l. 30 *citata* mit Göppert (Savignyzeitschr. XIII S. 337) folgern wollen, anders wie beim Mandat sei der Widerruf der *fiducia* im klassischen Recht von der Existenz einer *iusta causa* abhängig gewesen.

³⁾ l. 38 § 3 D. 40, 1, vgl. auch Papinian in l. 20 § 3 D. 40, 1.

⁴⁾ Daß der Eigentümer einen *servus male de se meritis cogatur manumittere*, macht den Kompilatoren auch in der völlig verfälschten l. 41 D. 38, 2 Sorge (Gradenwitz, Savignyzeitschr. XXIII S. 341 f.).

Im Fall der l. 30 *citata*, wo es sich, wie ausdrücklich betont wird, um ein im ausschließlichen Interesse des Manzipanten abgeschlossenes Geschäft handelt, steht die Abhängigmachung des Rücktrittsrechts des Fiduzianten von dem Vorliegen einer *iusta causa* mit den bekannten Grundsätzen des Mandats oder den noch von Gajus¹⁾ als feststehend vorgetragenen Sätzen der *fiducia* in unlöslichem Widerspruch. Alles aber wird verständlich, wenn man in der Forderung dieser *iusta causa poenitendi* einen Vermittelungsversuch der Kompilatoren erkennt zwischen der grundsätzlichen Widerruflichkeit der *fiducia cum amico contracta* und dem aus den klassischen Grundsätzen folgenden Ausschluß jedes Aufhebungsrechts durch die Anwendung der *constitutio divi Marci*.

Daß nicht Julian auf diese Art den Rücktritt vom Freilassungsauftrag vom Vorliegen eines wichtigen Grundes kann abhängig gemacht haben, ergibt sich am klarsten aus den Konsequenzen. Ist die Wirksamkeit der Konterorder, wie es doch die Stelle will, einfach abhängig von dem Vorliegen einer *iusta causa*, so würde damit dem Treuhänder die verantwortliche Nachprüfung dieser Frage vom Gesetz aufgebürdet, zu der er sich gewiß nicht so leicht freiwillig hergegeben hätte. Denn er soll ja haften, wenn er der sachlich gerechtfertigten Konterorder nicht folgt, sondern die Freilassung vollzieht, aber er haftet natürlich auch, wenn er der sachlich nicht gerechtfertigten folgt, also die Freilassung unterläßt: denn dann ist der Widerruf ja wirkungslos und folglich bleibt die Fiduziampflicht, freizulassen, bestehen. Der Widerruf ohne *iusta causa* kann doch nicht zur Folge haben, den Vollzug der Freilassung nun einfach in das Belieben des Fiduziars zu stellen. Es ist daher unlogisch, wenn es zum Schluß heißt: *non poterit mecum agi quamvis ad libertatem eum perduxerim*, vielmehr müßte es heißen: *quoniam ad libertatem eum, ut debui, perduxi*.

Sieht man von diesen technischen Unzuträglichkeiten einmal ab, zu deren Überwindung die gesetzgeberische Kraft oder Muße der Kompilatoren nicht ausreichte, so bedeutet der Standpunkt der l. 30 *citata* gegenüber den früher betrachteten Reurechts-

¹⁾ l. 27 § 1 D. 17, 1.

stellen sachlich einen Fortschritt. Denn es wird nun nicht mehr schlechthin der im Interesse der Humanität eingeführte Rechtsschutz der *constitutio* von dem souveränen Belieben des Veräußerers abhängig gestellt, sondern vielmehr die Wirksamkeit der rechtsgeschäftlichen Aufhebung der Freilassungsabrede nicht ohne eine kritische Nachprüfung der sachlichen Unangemessenheit des aufzuhebenden Vertragsinhalts anerkannt.¹⁾ Von dieser Einschränkung des *ius poenitendi* weiß hingegen auch die l. 5 § 1 *citata* nichts. Mithin ist der Fiduziar schlechthin haftbar, wenn er trotz Kenntnis von der Konterorder den Sklaven freiläßt. Auf den Gedanken, daß in der l. 30 *citata* nicht das Widerrufsrecht des Fiduzianten, sondern nur die Legitimation des *procurator* zur Konterorder von einer *iusta causa* abhängig erklärt werden sollte, ist man in der harmonisierenden Pandektenlehre bislang, scheint es, nicht verfallen. Es würde ja auch hier die Ungeheuerlichkeit bestehen bleiben, daß der Klassiker Julian den Beauftragten bei Meidung eigener Verantwortlichkeit aus dem Mandat für verpflichtet erklärt habe, durch Feststellung der Frage, ob der ihm übergebene Sklave falsche Rechnungen geführt oder ein Attentat gegen den Fiduzianten beabsichtigt habe, die Aktivlegitimation des Denuntianten nachzuprüfen.

Bezeichnend für die Kompilatoren ist die kleinliche Art, in der sie die sachliche Nachprüfung der *iusta causa* des Widerrufs vorgenommen wissen wollen. Die Konterorder ist wirksam, nicht nur, wenn der Sklave dem Herrn nach dem Leben gestellt, sondern auch, wenn er die Rechnungsbücher falsch geführt hat.

Anders will der großsinnige Marc Aurel den *favor libertatis* gehandhabt wissen, anders die Kompilatoren. Der Philosoph auf dem Kaiserthron gibt seinen Beamten die Richtschnur²⁾:

¹⁾ Wir haben also hier auf beschränktem Gebiet dieselbe Methode des gelinden Rechts, wie jetzt allgemein im § 525 Abs. 2 BGB. Vgl. Stammler, Lehre vom richtigen Recht S. 252 f., meine Schenkung unter Auflage § 15 S. 182.

²⁾ J 3, 11 § 1, im Hinblick auf die Handhabung des Reskripts *de bonis addicendis libertatum conservandarum causa*. Auch wenn der *fiscus* die nicht angetretene, mit Freiheitsvermächtnissen beschwerte Erbschaft

Hi qui rebus nostris attendunt, scient commodo pecuniario praeferendam libertatis causam.

Darum ist auch nach dem Willen des Kaisers ein Freiheitsfideikommiß von dem Beschwerten ungesäumt zu vollziehen und nicht darf vorher erst von dem *servus cum spe libertatis* Rechnungslegung gefordert werden:

*Neque humanum fuerit ob rei pecuniariae quaestionem libertati moram fieri.*¹⁾

In diesem Sinne handhaben auch die Klassiker den berühmten Erlaß desselben Kaisers über die Freilassungsaufgabe bei entgeltlichen Veräußerungen. Papinian gibt zu, daß der unter solcher Maßgabe verkaufte Sklave grundsätzlich einem *statuliber* gleichstehe. Die Kompilatoren aber wollen ihm alle Freiheitsanwartschaft rauben, wenn sich herausstellt, daß er das Kontobuch seines Herrn falsch geführt hat! So muß die Geltung der zur Wahrung der Humanität erlassenen Norm sich den privaten Interessen des Gläubigers aus der Freilassungsabrede unterordnen. Gerade wie Justinian die im öffentlichen Interesse eingeführten Beschränkungen des Freiheitserwerbs nur insoweit aufrechterhalten hat, als sie den privaten Interessen des Freilassers oder dritter Personen dienlich sind²⁾, so hat er andererseits auch die Wirksamkeit der Bestimmungen, die Marc Aurel *favore libertatis*, das heißt im Sinne dieses Gesetzgebers, zur Wahrung des sittlichen Interesses an der Durchführung der Vertragsnorm erlassen hatte, den subjektiven Interessen des Gläubigers untergeordnet.

Das Merkwürdige an der Entscheidung der l. 5 § 1 D. 12, 4 besteht also gar nicht darin, daß der Fiduziant ein Rücktrittsrecht hat, sondern daß ihm die Kompilatoren hier einen

an sich nimmt, sollten unbedingt nach dem Willen des Kaisers die Freiheitsvermächtnisse in Kraft bleiben: *Ne huius rescriptionis nostrae emolumentum alia ratione irritum fiat, si fiscus bona agnoscere voluerit.* So sagt denn auch der kommentierende Ulpian in l. 4 § 17 D. 40, 5: *Eadem constitutio prospexit, ut si fiscus bona admiserit, aequae libertates competant.* Aber die Kompilatoren fügen hinzu: *Ceterum si alia ratione agnoscat apparet cessare debere constitutionem;* das fiskalische Interesse soll doch vorgehen, wenn es vorgehen will. Recht charakteristisch auch l. 4 § 20 i. f. eodem.

¹⁾ l. 37 D. 40, 5.

²⁾ Puchta, Institutionen (zehnte Auflage) II § 213 S. 95.

schrankenlosen Widerruf gestatten, obwohl sie die Durchführung des Freilassungsauftrags der Norm der *constitutio divi Marci* unterstellten. Damit war die Geltung dieses Erlasses von der Nichtausübung dieses einseitigen Widerrufsrechts abhängig geworden. Denn wenn der Auftraggeber den Auftrag kündigen konnte, so mußte man ihm selbstverständlich auch das Recht gewähren, den nur zur Vollziehung des Treuhandergeschäfts übereigneten Sklaven nunmehr nach Auflösung des Geschäfts zurückzufordern. Dieser Anspruch läßt sich ebensowohl aus dem Gesichtspunkt des Mandats wie der *condictio causa finita* rechtfertigen. Der Rückforderungsanspruch mit dem hochtrabenden Namen *condictio propter poenitentiam* ist im Grund gar nichts anderes, als eine *condictio causa finita*.

Es waren natürlich die gleichen Erwägungen, aus denen heraus die Kompilatoren auch im klassischen Geltungsbereich der *constitutio divi Marci* die Geltung des Erlasses von dem Nichteintritt der Reue des Gläubigers aus dem *pactum manumissionis* abhängig erklärten. Sah man einmal in dem Recht der Konstitution nur noch ein Mittel zur Durchführung der privaten Interessen dieses Gläubigers, so mußte seine Geltung entfallen, wenn der Auflageberechtigte erklärte, an der Durchführung seines Gebots kein Interesse mehr zu haben. Freilich, die Erben des Gläubigers sollten nicht das Recht haben, die Maßgabe aus der Welt zu schaffen, und — eigentümlich genug — sollte selbst die Reue des Urhebers der Freilassungsaufgabe wirkungslos werden, wenn er nicht bis zum ursprünglich verabredeten Freilassungstermin am Leben blieb. So ist im Sinne der Kompilation das Paulinische *et si mutaverit venditor voluntatem, nihilo minus libertas competit*¹⁾ aufzufassen, im Sinne des Paulus freilich bedeutet es die schlechthinnige Leugnung jedweder wirksamen „Reue“ des Veräußerers.

Aber im Fall der Veräußerung des Sklaven unter der Maßgabe der Freilassung haben die Kompilatoren dieser Reue des Veräußerers eine weitere Wirkung als die, die Geltung der *constitutio* auszuschließen, nicht zuerkannt. Der Sklave bleibt hier

¹⁾ l. 1 D. 40, 8. Aus dem *heredum voluntatem non esse explorandam* erklärt sich die unverfälschte Aufnahme des Schlusses von l. 122 § 2 D. 45, 1.

einfach unbeschwert beim Erwerber. Denn sein Erwerb ruht ja auf der *causa* des Kaufs oder der Schenkung, die nun infolge der „Reue“ des Veräußerers von einer Einschränkung befreit erscheint. Daß hier die Reue des Veräußerers keinen Anspruch auf Rückgabe des Sklaven nach sich zieht, ergibt sich unzweifelhaft daraus, daß die Kompilatoren die l. 8 D. 18, 7 von Papinian in die Gesetzsammlung aufgenommen haben: Auch wenn der Käufer nach Erlaß der Freilassungsaufgabe den Sklaven manumittiert, steht dem Veräußerer keinerlei Anspruch gegen den Erwerber zu. Durch die Freilassung des Sklaven trotz *mutata venditoris voluntate* soll die *actio venditi* erlöschen: Das ist die ganze Antwort auf die Frage, ob der Verkäufer *aliquam actionem* infolge der trotz Konterorder ausgeführten Freilassung gegen den Erwerber habe. Also zwischen einem Kauf unter Maßgabe und einem Treuhändergeschäft, in dem der Erwerber „*in hoc solum accipit ut manumittat*“, wissen auch die Kompilatoren zu unterscheiden. So ist diese kaum beachtete l. 8 D. 18, 7 der Beleg dafür, daß im Fall der *donatio sub modo* keine Reukondiktion obwaltet, nicht aber die hierfür allgemein angeführte l. 18 § 1 D. *de donationibus*, die überhaupt nicht von einer Schenkung unter Auflage, sondern von einem Treuhändergeschäft, verbunden mit einer Schenkung, handelt, und selbstverständlich von einer infolge der Kündigung des Auftrags entstandenen Verpflichtung, den Sklaven zurückzugeben, so lange nichts wissen will, als der Sklave gar nicht um des Auftrags, sondern um einer freigebigen Zuwendung an den Empfänger willen diesem übergeben war.

Daß die Kompilatoren die Geltung der *constitutio divi Marci* auch dort von dem Nichteintritt einer Willensänderung des Gläubigers abhängig stellten, wo die Verpflichtung zur Manumission nicht einem zur treuen Hand übernommenen Auftrag, auch nicht einer an eine Veräußerung des Sklaven sich anfügenden Auflage entsprang, sondern als Gegenleistung in einem synallagmatischen Geschäft festgesetzt war, wird nach dem Vorangegangenen kein Befremden erregen. Auch in dem Geschäft *decem do ut Stichum manumittas* sollte die *constitutio* nur wirksam sein, falls nicht nachträglich der *ego* das Interesse an der Freilassung verliert. Aber es war eine Ungeheuerlichkeit, die unsägliche Verwirrung in der romanistischen Lehre

hervorgerufen hat, daß die Kompilatoren sich hier nicht damit begnügten, auf Grund der „Reue“ die Geltung der *constitutio* auszuschließen, sondern dem Gläubiger aus der Freilassungsabrede eine Kondiktion auf Rücknahme der von ihm für das Manumissionsversprechen gewährten Gegenleistung erteilt haben.

Sed si tibi dedero ut Stichum manumittas, si non facis, possum condicere, aut si me paeniteat condicere possum. Quid si ita dedi ut intra certum tempus manumittas? Si nondum tempus praeteriit, inhibenda erit repetitio, nisi paeniteat: quod si praeteriit condici poterit¹⁾ . .

Daß diese *condictio propter poenitentiam* beim entgeltlichen Innominatkontrakt nicht klassisches Recht darstellt, wird am einleuchtendsten durch den Ausspruch Julians in l. 19 pr. D. 12, 1 dargetan, an dessen Echtheit kein Zweifel sein kann:

Cum pecunia daretur, ut aliquid fieret, quamdiu in pendenti esset, an id futurum esset, cessabit obligatio: cum vero certum esse coepisset futurum id non esse, obligabitur qui accepisset: veluti si Titio decem dedero ut Stichum intra calendas manumitteret, ante calendas nullam actionem habebo, post calendas ita demum agere potero, si manumissus non fuerit.

Daß das Geschäft, in dem der eine Teil Geld gibt, der andere die Freilassung seines eigenen Sklaven, an der der Gegner ein Interesse hat²⁾, verspricht, kein Mandat, sondern ein gegenseitiger Vertrag ist, hätte nie bestritten werden sollen. Es handelt sich um zwei Leistungen von selbständiger Bedeutung, ganz gleichgültig aus welchen Motiven heraus

¹⁾ l. 3 § 2, 3 D. 12, 4, angeblich Ulpianus *libro 21 ad edictum*. M. E. ist durchaus nicht nur das *nisi paeniteat* unecht. Anstößig ist auch das *si non facis*: Man sollte wenigstens *feceris* erwarten, aber bekanntlich gebrauchen die Kompilatoren gern das unbestimmte farblose *facere*, wo die Klassiker die betreffende Tätigkeit mit dem besonderen Ausdruck kennzeichnen. Ist *inhibenda erit repetitio* für Ulpian denkbar? Auch das *repetitio cessat* in l. 1 § 1 *eodem* erscheint mir tendenziös verfälscht, ebenso erweckt der angebliche Proculus am Schluß von l. 3 § 3 *cit.* gerechte Zweifel. Man vergleiche den sicher echten Celsus in l. 16 D. 12, 4 und selbst noch die Kompilatoren in l. 5 § 3 und 4 D. 12, 4, anders freilich der verfälschte Diocletian in c. 10 C. 4, 6.

²⁾ Über den Ursprung solchen Interesses vgl. l. 12—16 pr. D. 40, 2.

der Empfänger des Gelds die Freilassung des *servus proprius* übernimmt. Das Geld ist Entgelt, Gegenleistung, auch wenn dieser nur aus Freundschaft für den anderen Teil das Eigentum an dem Sklaven aufgibt, ganz ebenso, wie es echtes Synallagma, nämlich Kauf ist, wenn der eine Teil gegen Erstattung des wirklichen Werts, aber nur aus Freundschaft für den anderen eine ihm selbst unentbehrliche Sache abtritt.¹⁾ Denn die Gewährung von Geld bringt dem anderen Teil etwas, das er nicht erst durch den Verlust der Sache eingebüßt, sondern in dieser Sache gar nicht besessen hatte. Also ist die Übernahme der Freilassung hier weder ein unentgeltlicher Auftrag, noch ein „mandatsartiges Geschäft“, wie Erxleben und Witte wollen; denn solange *mandatum nisi gratuitum nullum est*, so lange darf ein gegenseitiger Vertrag nicht „mandatsartig“ genannt werden, ohne daß eine Unklarheit mit unterläuft.²⁾ Eine Gegenleistung kann nur festgesetzt oder nicht festgesetzt sein: Ein Drittes ist im Hinblick auf die Leistung, die der Manumittent durch die Freilassung des *servus proprius* dem Geber des Gelds gewährt, nicht denkbar.

Somit bedeutet es eine durch nichts zu rechtfertigende Beeinträchtigung des im eigenen Interesse kontrahierenden Manumissionsschuldners, wenn die Kompilatoren hier dem Geber des Gelds das Recht gewähren, seine Leistung von dem anderen Teil zurückzufordern, weil sein Interesse an der für ihn festgesetzten Gegenleistung geschwunden ist.

Vergeblich hat man versucht, dieses schrankenlose Rücktrittsrecht des Manumissionsgläubigers historisch oder dogmatisch zu rechtfertigen. Der ursprüngliche Mangel einer Erfüllungsklage konnte solches Recht, nach Laune die eigene Gabe von dem zur Vertragserfüllung bereiten Gegner zurückfordern, nicht rechtfertigen; denn der Geber war ja aus der formlosen Abrede auch seinerseits nicht zu leisten verpflichtet gewesen. Darum aber, weil er leistete, ohne die Gegenleistung abzuwarten, war seine Gabe noch nicht *sine causa*, sondern sie konnte es im Sinn der Vertragsnorm erst dadurch werden, daß der Empfänger sich über die Leistung und Gegenleistung

¹⁾ Vgl. Schenkung unter einer Auflage § 2.

²⁾ Vortrefflich Bekker, Aktionen I S. 129f.

festsetzende Abrede hinwegsetzte, indem er trotz des Vollzugs der Leistung die Gegenleistung weigerte.

Zum Teil hat man der Annahme, daß dieses merkwürdige *ius poenitendi* den Byzantinern zugehört, darum Widerstand geleistet, weil eine *ratio* für eine so weitgreifende Interpolation nicht dargetan sei.¹⁾ Der von vielen angenommene²⁾ Erklärungsversuch Lenels³⁾, die *condictio propter poenitentiam* habe als Ersatz für die in der Kompilation beseitigte *actio fiduciae* dienen sollen, kann für unseren Fall nicht befriedigen. Denn weder handelt es sich beim Geschäft *do pecuniam ut Stichum manumittas* materiell um eine *fiducia cum amico contracta*, noch hätte im klassischen Recht aus einer an eine formlose Geldhingabe sich anschließenden Abrede eine Fiduziarpflicht entspringen können. Wenn trotzdem auch hier *condictio propter poenitentiam*, gleich als ob dies etwas Selbstverständliches sei, gegeben wird, ohne daß Justinian diese Reukondition in einer besonderen Konstitution einführt und rechtfertigt⁴⁾, so beruht dieses Verfahren schwerlich auf einer besonderen gesetzgeberischen Erwägung der Räte Justinians, sondern erklärt sich höchst einfach aus dem Umstand, daß die Kompilatoren der begrifflichen Schranken zwischen dem echten Treuhändergeschäft und dem gegenseitigen Vertrag, die beide von ihnen erst der *constitutio divi Marci* unterstellt worden sind, nicht auseinanderzuhalten verstanden. Sie übersahen den fundamentalen Gegensatz zwischen der fiduziarischen Zweckgabe *Stichum manumittendum mancipo*, dem Geschäft, das nur eine Leistung des *mancipio accipiens* an den Manzipanten festsetzt, und dem echten Synallagma *do pecuniam, ut servum tuum manumittas*, dem Geschäft, das jedem Teil eine Leistung an den Gegner auferlegt, dem einen die Zahlung von Geld, den anderen die Preisgabe seines Knechts.

¹⁾ Vgl. z. B. Bekker in der Savignyzeitschr. 13 S. 115 f.; Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte S. 772.

²⁾ Pernice, Labeo III S. 134 f., 266 f.; Gradenwitz in der Savignyzeitschrift 14 S. 121 f.; Girard Manuel, 3. Auflage S. 589 Note 4.

³⁾ Savignyzeitschr. 9 S. 182.

⁴⁾ Vgl. Karlowa a. a. O. S. 772: „Eine derartige bedeutungsvolle Neuerung, eine wirkliche gesetzgeberische Tat nur auf dem Weg der Interpolation und nicht durch eine eigene Konstitution vorzunehmen, sieht Justinian gar nicht ähnlich und ist ohne Analogie.“

Diese Vermengung von Mandat und Synallagma ist überhaupt für die Kompilatoren charakteristisch. So bringen sie es fertig, das *facio ut facias*-Geschäft als Verbindung zweier wechselseitigen Mandate zu konstruieren¹⁾, obwohl dies wohl-bekannten klassischen Grundsätzen deutlich widerspricht.²⁾ Den klarsten Beweis für ihre Unfähigkeit, die entgeltliche Leistung von der unentgeltlichen zu scheiden, liefert das fr. 5 D. 12, 4, das, in allen seinen Teilen ihr Werk, uns den besten Einblick in ihre Gedankengänge gestattet. Man vergleiche etwa den § 2 und § 3. § 2 handelt von einem unentgeltlichen Auftrag: Der Titius erhält Geld, er soll dafür einen Sklaven kaufen und ihn freilassen. Daß er selbst aus dem Geschäft keinen Vorteil ziehen soll, ergibt sich daraus, daß er, falls der Geldgeber später Reue empfindet, alles, was er aus dem Geschäft in Händen hat, in Sonderheit nach geschehenem Ankauf den Sklaven, dem andern überliefern muß. Er soll also, falls das Geschäft so, wie es ursprünglich verabredet war, ausgeführt wird, auch nicht die Vorteile der Patronstellung behalten: somit übernimmt er ohne Gegenleistung im Interesse des Geldgebers ein Geschäft. Das Geld ist kein Entgelt, sondern soll der Ausführung des Auftrags dienen. Darum ist die Reukondiktion hier ebenso am Platze, wie in § 1. Kündigt der *mandans* das nur in seinem Interesse übernommene Geschäft, so kann er selbstverständlich das nur zur Ausführung des Auftrags Übertragene zurückfordern. Hat der Beauftragte den Auftrag schon halb ausgeführt, als ihm der Widerruf des *mandans* zukommt, so kann der Mandatar selbstverständlich nicht mehr das bereits ausgegebene Geld, sondern nur noch den bereits angekauften Sklaven dem Auftraggeber zu dessen eigener weiterer Verfügung überlassen. So wenig angenommen werden

¹⁾ In dem durch und durch verfälschten l. 5 § 4 D. 19, 5.

²⁾ l. 13 pr. § 1; l. 17 § 3 D. 19, 5; l. 1 § 4 D. 17, 1. Schrieb nicht Papi-nian in l. 54 D. 17, 1 anstatt *mandati agetur ex vendito agetur*? Vgl. den-selben in l. 6 pr. i. f. § 1 D. 18, 7 und besonders Diocletian in c. *unica* pr. i. f. § 1 C. 4, 36. Auch zwischen Commodatum und Miete haben die Kom-pilatoren die Entgeltlichkeit nicht überall als Markstein aufrechterhalten. Man vergleiche den echten Ulpian in l. 1 § 8 D. 16, 3 mit dem durch den Satz *nisi forte et merces accessit* verfälschten in l. 5 § 1 D. 13, 6. Hierauf hat schon Eisele aufmerksam gemacht (Zeitschr. der Savignystiftung 11 S. 26).

kann, daß die Klassiker hier anders entschieden hätten¹⁾, so ungeheuerlich ist es, daß in § 3 für das Synallagma *do pecuniam ut Stichum manumittas* ganz ähnlich entschieden wird. Wenn nämlich hier der freizulassende *Stichus* vor der Freilassung durchbrennt, aber wieder eingefangen wird, so soll dieser merkwürdige Zwischenfall auch dem Schuldner aus dem Freilassungspakt ein Rücktrittsrecht geben. Besteht nun aber der Geber des Gelds noch darauf, daß der Durchgänger dennoch freigelassen werde, so halten die Kompilatoren es für erforderlich zu entscheiden, wie es zu halten sei, *si eligat is qui decem dedit ipsum servum consequi*. Die Entscheidung geht dahin: *necesse est aut ipsum ei dari aut quod dedit restitui*. Also die Kompilatoren meinen ernsthaft, als Folge der Auflösung dieses Geschäfts könne in Frage kommen, daß der Geldgeber den *servus proprius* seines Gegenkontrahenten herausverlangt, den er niemals besessen und dessen Besitz zu übertragen sich ihm der andere auch niemals verbindlich gemacht hatte. Es handelt sich nur um eine Vermengung des hier gegebenen Synallagma mit dem im vorigen Paragraphen behandelten unentgeltlichen Auftrag. Ob der Sklave zur Freilassung oder Geld zum Ankauf des freizulassenden Sklaven oder schließlich Geld als Gegenleistung für die Freilassung „gegeben“ wird, im Sinne der Kompilatoren liegt überall ein Geschäft *do ut facias* vor, und warum sollte man nach ihrer Ansicht im letzten Fall „wegen der Reue“ die *condictio* verweigern, wenn man sie in den beiden ersten Beispielen gewährt hat?

Für diese ihre unklare Art, das entgeltliche Geschäft mit dem unentgeltlichen zu vermengen, ist auch ihre Erörterung im *principium* recht bezeichnend. Der Tatbestand *si pecuniam ideo acceperis ut Capuam eas* schillert in allen Farben. Bald ist das Geld Gegenleistung für die Geschäftsführung, bald nur Auslagenvorschuß im Hinblick auf die Reise, die der *tu* im Interesse des „Gebers“ unentgeltlich übernimmt. Denkbar ist natürlich auch, daß das Geld als Pauschquantum gedacht ist, also nicht nur zum Ersatz der durch die Reise und die Geschäftsführung entstandenen baren Auslagen dienen, sondern in dem überschießenden Betrag zugleich eine Leistung an den *tu*, also ein Entgelt für die

¹⁾ Vgl. auch I. 8 § 10 D. 17, 1, das freilich auch nicht in allen Teilen echt ist.

Geschäftsführung darstellen soll. Natürlich hätte ein Klassiker über diese fundamentale Frage volle Klarheit gegeben.¹⁾ Es ist sehr wohl denkbar, daß im Sinn Ulpians das Geld nur Auslagenvorschuß, also gar keine Leistung im wirtschaftlichen Sinne an den *tu* darstellen sollte. Aber gerade dann ist es undenkbar, daß der Klassiker entschieden habe, im Fall diese Reise ohne Schuld des Beauftragten unterbleibe, „könne gesagt werden, es finde keine *repetitio* statt“.²⁾ Daß Ulpian entschieden habe, der *tu* dürfe den Auslagenersatz in die Tasche stecken, weil er ohne seine Schuld keine Reise gemacht und darum keine Auslagen gehabt habe, ist völlig unmöglich. Die triviale Frage aber, ob der Geber das Geld nicht zurückfordern dürfe, wenn es sich um einen bloßen Aufschub der Reise handelt, lag doch schwerlich im Gesichtskreis des Klassikers und wäre auch schwerlich auf eine so unklare Weise zum Ausdruck gekommen. Die Kompilatoren lassen den Geldgeber „bereuen“ und ob der Reue sein Geld zurückfordern, ohne viel zu fragen, welcher Aufgabe nach der Geschäftsintention das Geld dienen sollte. Sie meinen, diese *repetitio* tue dem Empfänger in keinem Fall unrecht, es sei denn, daß er sich schon infolge des Geschäfts in Unkosten gestürzt habe: Die soll er dann abziehen dürfen.

Man sieht, die Reukondiktion, insoweit sie sachlich etwas anderes bedeutete, als eine *condictio causa finita*, konnte von den Byzantinern nicht durch eine besondere Konstitution eingeführt werden. Denn dazu hätte es einer klaren Einsicht des Unterschieds zwischen fiduziarischer Zweckgabe und Leistung um Gegenleistung bedurft. Dem Umstand, daß hier den Kompilatoren alles wie Kraut und Rüben durcheinander ging, verdankt die *condictio propter poenitentiam* als etwas dem klassischen Recht gegenüber sachlich Neues ihr Dasein, ihre traurige Berühmtheit.

Nach dem Willen Justinians sollte die Freilassungspflicht nicht nur, falls sie einer Auflage, sondern auch falls sie einem Treuhändergeschäft entsprang oder als Gegenleistung im Inno-

¹⁾ Vgl. z. B. Africans meisterhaft knappe Darstellung des Tatbestands in l. 24 D. 19, 5, aber auch Ulpian selbst in l. 13; l. 17 § 3 D. *eodem*; l. 18 § 1 D. 39, 5; Marcell in l. 49 D. 24, 1; Labeo in l. 58 § 2 D. 19, 2.

²⁾ Vgl. l. 20 pr. D. 17, 1.

minatkontrakt übernommen wurde, des Rechtsschutzes der *constitutio divi Marci* teilhaftig werden. Aber die Byzantiner sahen in diesem Erlaß nicht mehr, wie die Klassiker, ein Mittel zur Wahrung des sittlichen Interesses an der Durchführung der Freilassungsmaßgabe, einen Rechtsschutz, an dessen selbstherrlicher Kraft die private Willkür der Parteien ohnmächtig abprallte, sondern in erster Linie eine Unterstützung des Gläubigers aus der Freilassungsabrede. Darum ließ man die Geltung der *constitutio* erlöschen, wenn dem Gläubiger für seine Person die Durchführung seines Freilassungsanspruchs nicht mehr genehm war. Daß man im Fall des Treuhändergeschäfts dem Gläubiger auf Grund seiner Reue das Recht gab, den nur zur Ausführung des Freilassungsauftrags übereigneten Sklaven nunmehr — *causa finita* — zurückzufordern, war sachlich in Ordnung: daß aber auch im Fall des gegenseitigen Vertrags die Willensänderung des Gläubigers das Recht erzeugen sollte, die für die Freilassung gewährte Gegenleistung von dem zur Manumission bereiten Gegner zurückzufordern, war eine Ungeheuerlichkeit, die sich nur aus der Unklarheit der Kompilatoren über die Grenzen von Auftrag und gegenseitigem Vertrag erklären läßt.

So verdient diese Verfälschung des klassischen Rechts der Römer ebensowohl die Beachtung der auf einen verstärkten Schutz der Auflage von öffentlichem Interesse gerichteten Gesetzgebung, wie einer um die Klarstellung der Grenzen des synallagmatischen Geschäfts bemühten Dogmatik.

Bekanntlich hat schon Gans in seinem 1819 erschienenen römischen Obligationenrecht¹⁾ die *actio propter poenitentiam* aus dem Reurecht des Veräußerers bei der *constitutio divi Marci* historisch zu erklären versucht. Erwägt man, wie nahe uns die l. 5 § 1 *citata* diesen Zusammenhang legt, so könnte es befremden, daß man so spät erst auf diese Verwandtschaft zwischen „Reue“ und „Klage wegen der Reue“ aufmerksam geworden ist. Trotzdem hat Gans bei den Späteren²⁾ wenig Beifall gefunden, und noch neuerdings ist sein Erklärungsversuch von Gradenwitz³⁾ als „völlig verfehlt“ bezeichnet worden. An der Klassizität des Reurechts bei der *constitutio* zweifelt

¹⁾ S. 205 f.

²⁾ Vgl. statt aller Vangerow III § 599 IV.

³⁾ Interpolationen in den Pandekten S. 154 f.

freilich Gradenwitz so wenig wie Gans; aber die Reurechtsklage, die Gradenwitz nicht mehr wie Gans als „höchst richtig und sinnig“ den Klassikern zuerkennt, sondern mit Fug den Kompilatoren aufs Kerbholz schreibt, hat nach Gradenwitz mit dem Reurecht der *constitutio* nichts zu schaffen. Gewiß muß man Gradenwitz darin zustimmen, daß die *constitutio* in ihrer weitesten Ausdehnung *in favorem libertatis* ist, während das *ius poenitendi* in seinen Konsequenzen offenbar *in necem libertatis* wäre; aber dieser Gegensatz betrifft doch nicht nur und nicht in erster Linie die *constitutio* einerseits und die „Konsequenzen“ der Reukondiktion andererseits, sondern bildet einen klaffenden Widerspruch zwischen der *favore libertatis*, das heißt in Achtung der berechtigten Zielsetzung einer rechtlich vergewaltigten Menschenklasse erlassenen Kaiserverordnung auf der einen und der Abhängigstellung dieses Rechtsschutzes von der willkürlichen Ausübung einer Reue des Gläubigers auf der anderen Seite.

Es ist der Gegensatz zwischen dem energischen Streben nach einer Anerkennung der berechtigten Zwecke sämtlicher Gemeinschaftsglieder und der subjektiven Willkür des Aufgeberechtigten, ein Gegensatz, in dessen Erledigung im Sinne des Gemeinschaftsideals uns unser neues Gesetzbuch im § 525 Absatz 2 einen guten Schritt vorwärts gebracht hat.

Inhalt.

	Seite
§ 1. Aufenthaltsbeschränkung, Prostitutionsverbot und Freilassungs- maßgabe bei Sklavenveräußerungen	1
§ 2. Das Reurecht des Aufgeberechtigten nach der <i>constitutio divi Marci ad Aufidium Victorinum</i>	5
§ 3. Fortsetzung. Die Interpolation der das Reurecht enthaltenden Stellen	25
§ 4. Das Reurecht nach der <i>constitutio divi Marci</i> und die <i>condictio propter poenitentiam</i>	35


7/12/21

Unumwunden soll anerkannt werden, daß es nicht nur der Geschichte, sondern auch dem System der Rechtsphilosophie nicht wenige gute Dienste geleistet hat.

Literarisches Zentralblatt. 1899 Nr. 19.

... Wer es nicht vermag, den tieferen Grund und Zusammenhang des Denkens zu erfassen, der versteht nicht seinen Meister, wenn er auch übrigens alle die einzelnen Gedanken und Worte kennt. Um so schwieriger fällt das Verständnis einer Lehre gegenüber, die nicht in eigentlich systematischer Entwicklung, sondern mehr in aphoristischer Form und gleichsam gelegentlich vorgetragen worden ist. Das gilt von Rousseaus sozialer Theorie; ungefähr sind es auch Erwägungen wie die hier vorangeschickten, die unseren Verfasser zu seiner Schrift inspiriert haben. Man merkt, es war dabei um einen lebendigen Anlaß zu tun, um eine echte Ergreifenheit, um die Überzeugung, eine förderliche Aufklärung wirken zu können. ... Der Verfasser ist seiner doppelten Aufgabe gerecht geworden. Er hat in einer selbständigen Reproduktion Rousseaus Sozialphilosophie und Politik auf ihr tieferes geistiges Fundament zurückgeführt, und eben darum ist sein Werk geeignet — bei allen, die der Aufklärung fähig sind — dem hergebrachten schiefen und unzulänglichen Urteile entgegenzuwirken. . .

Die Umschau. 1899 Nr. 30.

Ein gediegenes Werk aus der Schule Stammlers . . . legt in erfreulicher Weise Zeugnis dafür ab, mit welcher Sorgfalt man bei uns bemüht ist, die alten Schlagworte fahren zu lassen und durch eingehendes Studium die Schwierigkeiten, welche die verschiedenen Schriften Rousseaus bieten, möglichst zu beseitigen.

Feuilleton der Frankfurter Zeitung vom 25. Februar 1899.

Verfasser gibt in seinem Werke als Erster eine erschöpfende systematische Darstellung der Sozialphilosophie Rousseaus unter Berücksichtigung der Grundlagen der sozialen Pädagogik desselben. Er gelangt zu Ergebnissen, die die bisherige Auffassung von Rousseau völlig erschüttern und ins Wanken bringen müssen. Um eine klare Darstellung der rechtsphilosophischen Gedankenwelt Rousseaus geben zu können, hat der Autor die vielleicht manchem unerhört scheinende Methode nicht verschmäht, moderne Begriffe zur Erläuterung heranzuziehen. Gräfte Geschichte der Philosophie ohne eindringendste systematische Schulung ist eben ein Unding. Gestützt auf diese Methode, gibt Verfasser eine eingehende vortreffliche Darstellung von dem Verhältnis der Rousseauschen Sozialphilosophie zum früheren Naturrecht, zum Sozialismus und Anarchismus . . . Um nur einiges Wenige hervorzuheben — eine auch nur ganz kurze Skizzierung des erstaunlich großen Gedankenreichtums des trefflichen Werkes ist in diesem Rahmen ein Ding der Unmöglichkeit . . . Nach Haymann ist Rousseau kein Anarchist, sondern ein Vertreter des Rechtszwangs, ebenso aber auch ganz mit Unrecht der Liebling des vulgären Liberalismus; denn er erscheint dem Verfasser als Staatssozialist; mit Unrecht bezeichnet die herrschende Lehre Rousseau als kosmopolitischen Manchestermann, er ist ein eifriger Vertreter eines gesunden nationalen Staatsgedankens, kein Demokrat im gewöhnlichen Sinne des Wortes, sondern als Urheber der Scheidung zwischen *volonté générale* und *volonté de tous* der feinste Kritiker jeder rohen Majoritätsherrschaft . . . Das Werk sei jedem sich für Fragen der Rechtsphilosophie und der sozialen Pädagogik interessierenden Mitleser auf das wärmste empfohlen, wir sind überzeugt, niemand wird es aus der Hand legen, ohne die tiefgehendsten Anregungen empfangen zu haben . . .

Die Hilfe. 9. Juli 1899.

Lehrbuch
des
Deutschen Zivilprozessrechts.
für das akademische Studium.

Von
Dr. Georg Kleineller,
o. ö. Professor der Rechte an der Universität in Kiel.
1905. Geheftet M. 12,—. Gebunden M. 13,—.

Zur Lehre
von der
materiellen Rechtskraft.

Von
Dr. jur. Max Pagenstecher
Gerichtsassessor,
Privatdozent an der Universität Würzburg.
1905. Geheftet M. 10,—.

Die Beweislast.

Von
Dr. Franz Leonhard,
Professor an der Universität Marburg.
1904. Geheftet 9 M.

Römische
Rechtswissenschaft
zur Zeit
der Republik

von
Paul Jörs
Professor in Kiel (jetzt Breslau).
Erster Teil: Bis auf die Catonen.
1888. Geheftet M. 7,—.

Verlag von Franz Vahlen in Berlin W. 8.

